

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدانا لهذا وَكُنَّا لَهُ كَافِرِينَ

مَجْلَدُ عِلْمِ الْإِسْلَامِ وَالْمَقَامِ

الْمَشْرِقِ
مُعْتَمَدًا عَلَى الْإِسْلَامِ وَالْإِسْلَامِ
الْمَشْرِقِ فِي الشَّرِيعَةِ وَالْقَائِدِ

مَنْعَمِي أَقْرَأَ الشُّقْرِ

www.iqra-ahlamontada.com

الْعِلْمُ الْأَوَّلِيُّ ٢٠١٤

مجموعة الأبحاث القانونية

١. المبادئ العامة لمعادلة القضاء في الإسلام
٢. منهاج الإسلام في مكافحة الاجرام
٣. تفنيد مزاعم تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الغربي
٤. القانون الأصلح للمتهم في ضوء المتى الفلسفي
٥. اثر احكام الشريعة الاسلامية في التشريعات العربية الحديثة
٦. التعليق على التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ لقانون الاحوال الشخصية
٧. مقترحات لتعديل قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩
٨. اخطاء اصولية لابن السبكي في كتابه جمع الجوامع
٩. الدولة والمفاضلة بين النظامين (الملكي والجمهوري)
١٠. الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة والقانون
١١. الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة

طبعة أولى

تأليف

الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

مجموعة الأبحاث القانونية

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ٢٥٨ - ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-012-3

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ
إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ
أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ
بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (٥٨)

سورة النساء

الفهرس

١٥	المبادئ العامة لعدالة القضاء في الإسلام
١٧	المقدمة
١٨	أولاً: مبدأ عدم تقييد القاضي بحرية النص:
١٨	ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة كلما
١٩	دعت العدالة إلى ذلك:
٢٠	ثالثاً: مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً:
٢١	رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لمصلحة أهم
٢٢	خامساً: مبدأ عدم تفيع حكم القاضي للواقعة
٢٣	سادساً: مبدأ المعاملة بنقيض القصد السيئ
٢٥	سابعاً: مبدأ تفيع الأحكام بتفيع الأزمان
٢٦	ثامناً: مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة
٢٧	تاسعاً: مبدأ حرية مناقشة حكم القاضي
٢٨	عاشراً: مبدأ البراءة الأصلية
٢٨	١- القرآن:
٢٨	٢- السنة النبوية:
٢٩	٣- القواعد الفقهية العامة منها:
٣١	منهاج الاسلام في مكافحة الاجرام
٣٦	الفصل الأول: الطرق الوقائية لمكافحة الاجرام
٣٧	المبحث الأول: الأسس التكوينية لسلوك الانسان
٣٧	أولاً: اختيار منبت صالح للبنة:
٣٩	ثانياً: الخليب الأصل:
٤٠	ثالثاً: الحضانة السليمة:
٤٠	رابعاً: التربية البيتية الصحيحة:
٤١	خامساً: التعليم السليم الحكيم:
٤٣	المبحث الثاني: الطرق الروحية الوقائية
٤٣	اولا- أهمية الايمان بالله في الوقاية:
٤٤	ثانيا- الصلاة ودورها الوقائي:

٤٤	ثالثا- الصيام والوقاية عن الاجرام
٤٨	الفصل الثاني: الطرق العلاجية.....
٤٩	المبحث الأول: الوسائل العلاجية الاصلاحية
٤٩	اولا- التوبة:
٥٠	ثانيا- الراحة النفسية (الصيام):
٥١	ثالثا- العفو والصلح:
٥٣	المبحث الثاني: الطرق العلاجية العقابية
٥٤	أولا: الاعدام:
٥٥	ثانيا: القطع:
٥٦	ثالثا: الجلد:
٥٧	رابعا: النفي ثبتت عقوبة النفي بالنص في حالتين:
٥٨	خامسا: الحرمان من المهات:
٥٨	سادسا: الكفارة:
٥٩	سابعا: الدية:

٦١	تفنيد مزاعم تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الغربي
٦٤	المدخل الأول: الفتح الإسلامي للأندلس:
	للمدخل الثاني: قيام الصلة والعلاقات بين الدولة الإسلامية العثمانية وبعض
٦٥	الدول الأوروبية:
٦٥	لولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
٦٧	ثانيا/ تأثر القانون الألماني بالفقه الإسلامي:
٦٩	ثالثا/ تأثر القانون الإنكليزي بالفقه الإسلامي:
٧٠	عناصر نظرية الظروف الطارئة:
٧١	فلسفة النظرية:

٧٥	القانون الأصلح لمتهم في ضوء المتى الفلسفي
٧٧	(١) المقدمة
٧٧	التعريف بالمتى:
٧٧	أقسام المتى:
٧٨	الزمان:
٧٨	الفرق بين الزمان والدر والسرمد:
٧٨	نطاق تطبيق النصوص الجزائية على أساس المتى الفلسفي:

- (٢) تقييد مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية..... ٨١
- أولاً/ ما يتعلق بنوع النص: ٨١
- ثانياً/ الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ذاته: ٨٢
- (٣) متى يكون القانون الجديد أصح للمتهم؟..... ٨٣
- (٤) موقف المشرع العراقي من سريان القانون الجنائي من حيث المتى الفلسفي ٨٨
- (٥) مبدأ الرجعية في القانون عدد المدد^١..... ٨٩
- (٦) معيار التمييز بين القانون عدد المدد وغيبه..... ٩٠
- (٧) سريان الجديد على الماضي لا على أساس معيار الأصح للمتهم ٩١
- ١- الجرائم المستمرة:..... ٩١
- ٢- الجرائم المتتالية:..... ٩١
- ٣- جرائم العادة: ٩٢
- (٨) سريان القانون على التدابير الاحترازية..... ٩٣
- من أنواع التدابير الاحترازية:..... ٩٣
- (٩) سريان التشريع الإجرائي على أساس المتى الفلسفي..... ٩٥
- أولاً- قواعد الاختصاص: ٩٥
- ثانياً: قواعد الظمن في الأحكام:..... ٩٨
- أنواع التقادم الجنائي:..... ٩٩

١٠٢..... أثر أحكام الشريعة الإسلامية في التشريعات العربية الحديثة

- مقدمة ١٠٥
- القرآن دستور والفقه قانون: ١٠٥
- الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية ١٠٦
- مدى تأثير القوانين العربية الحديثة بالشريعة الاسلامية..... ١٠٦
- المبحث الأول: أثر الاحكام الشرعية في قوانين الاحوال الشخصية العربية الحديثة ١٠٨
- لمبحث الثاني: أثر أحكام الشريعة في القوانين المدنية العربية الحديثة..... ١١٥
- من الآثار المترتبة على التأثير بالفقهين الاسلامي والغربي ١١٩
- لولا: تقسيم العقود: ١١٩
- أهمية التقسيم الحماسي ١٢٢
- ثانياً: في المسؤولية التقصيرية..... ١٢٣
- ثالثاً: في الفوائد الربوية ١٢٣
- المبحث الثالث: أثر أحكام الشريعة الإسلامية في القوانين الجزائية العربية الحديثة ١٢٦
- اسماء الجرائم والعقوبات في الشريعة الاسلامية ١٢٧
- أهم نقاط التلاقي بين الشريعة والقانون: ١٣٠

أهم النقاط التي تختلف القوانين فيها مع الشريعة الإسلامية:.....	١٣٠
مظاهر اثار احكام الشريعة الإسلامية في التشريعات الجزائية العربية.....	١٣٢
المبحث الرابع: اثر الفقه الإسلامي في القوانين الغربية.....	١٣٧

التعليق على التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ لقانون الاحوال الشخصية.....	١٣٩
المبحث الأول: شروط وقيود تنفيذ سلطان الارادة في الزواج.....	١٤٣
المبحث الثاني: اسباب التفريق القضائي.....	١٥١
المطلب الأول: حق طلب التفريق يكون لكل من الزوجين.....	١٥١
الاضرار:.....	١٥١
الحياة الزوجية:.....	١٥٢
عدم اكمال اهلية الزواج:.....	١٥٣
الاكراه:.....	١٥٣
الزواج الثاني:.....	١٥٤
الخلاف والشقاق:.....	١٥٥
المطلب الثاني: حق طلب التفريق يكون للزوجة فقط.....	١٥٧
المبحث الثالث: احكام الحضانة.....	١٦٥
شروط ممارسة الحضانة.....	١٦٧
المبحث الرابع: مبررات البنت في ضوء التعديل الجديد.....	١٧٢

مقترحات لتعديل قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.....	١٧٧
مقترحات تتعلق بالزواج.....	١٧٩
مقترحات تتعلق باخلال الزواج:.....	١٧٩
مقترحات تتعلق باحكام الوصية والميراث:.....	١٧٩
المبحث الأول: مقترحات تتعلق بالزواج ومقدماته.....	١٨٢
الاسباب الموجبة:.....	١٨٢
المطبة واثار اخلالها.....	١٨٤
المبحث الثاني: المقترحات المتعلقة باخلال الزوج.....	١٨٨
التفريق القضائي.....	١٩٠
المبحث الثالث: المقترحات المتعلقة بالوصية والميراث.....	١٩٣

١٩٧ أخطاء أصولية لاين السبكي في كتابه جمع الجوامع
١٩٩ تهويم العالم الأصولي
٢٠٣ المقدمة
٢٠٥ أولا: تعريف الفقه
٢٠٦ ثانيا: تعريف الحكم الشرعي
٢٠٧ الفرق بين التصرف الشامل للأقوال والأفعال وبين الوقائع
٢٠٨ ثالثا: المقتل والنقل
٢٠٩ الإستنتاج
٢١٠ رابعا: التكليف
٢١٢ خامسا: الفرض والواجب
٢١٤ سادسا: تعريف الرخصة والعزيمة
٢١٦ سابعا: تعريف العام
٢١٦ العام اللغوي
٢١٨ ثامنا: تعريف التخصيص
٢١٩ تاسعا: نسخ القرآن
٢٢٠ عاشرا: نسخ القرآن بالسنة
٢٢١ حادى عشر: نسخ الحكم الشرعي
٢٢٢ ثاني عشر: النسخ بالقياس
٢٢٣ ثالث عشر: اقسام النسخ من حيث المنسوخ
٢٢٣ القسم الأول: النسخ حكما وتلاوة
٢٢٣ القسم الثاني: منسوخ الحكم دون التلاوة
٢٢٤ القسم الثالث: منسوخ التلاوة دون الحكم
٢٢٦ رابع عشر: تعريف القياس

٢٢٩ الدولة والمفاضلة بين النظامين (الملكي والجمهوري)
٢٣١ الفصل الأول: الدولة، عناصرها، أسباب نشوتها، أنواعها
٢٣١ المبحث الأول: الدولة وعناصرها
٢٣١ تعريف الدولة
٢٣٢ عناصر الدولة
٢٣٤ المبحث الثاني: نشأة الدولة
٢٣٧ طبيعة الدولة
٢٣٨ المبحث الثالث: أنواع الدولة
٢٣٨ أولا: الدولة البسيطة

٢٣٩.....	ثانياً: الدولة المركبة:
٢٤٦.....	الفصل الثاني: المفاضلة بين النظامين الملكي والجمهوري
٢٤٦.....	المبحث الأول: النظام الملكي، عاينها ومساوئها
٢٤٩.....	مزايا النظام الملكي:
٢٥١.....	المبحث الثاني: النظام الجمهوري، عاينها ومساوئها
٢٥٥.....	الخاتمة:
٢٥٧.....	الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة والقانون
٢٥٩.....	الدفاع الشرعي الخاص
٢٦٢.....	للمبحث الأول: عناصر الدفاع الشرعي
٢٦٢.....	أركان الدفاع الشرعي:
٢٦٢.....	شروط الركن الأول (الخطر):
٢٦٤.....	معييار الخطر الحقيقي:
٢٦٦.....	شروط الركن الثاني: (الحق محل الاعتداء) ويشترط فيه:
٢٦٦.....	شروط الركن الثالث: (دفع الاعتداء):
٢٦٨.....	تجاوز حدود الدفاع الشرعي:
٢٧١.....	المبحث الثاني: مصادر الدفاع الشرعي، تكييفه، تطوره
٢٧١.....	أولاً- مصادر الدفاع الشرعي:
٢٧٣.....	ثانيه تكييف الدفاع الشرعي:
٢٧٤.....	ثالثه التطور التاريخي للدفاع الشرعي:
٢٧٦.....	للمبحث الثالث: أساس الدفاع الشرعي وأثاره
٢٧٧.....	أولاً- نظرية الإكراه المعنوي:
٢٧٨.....	ثانيه نظرية مجازاة الشر بالشر:
٢٧٨.....	ثالثاً- نظرية تضارب المصالح وترجيح مصلحة للدافع:
٢٧٩.....	رابعاً - نظرية انتصار القانون:
٢٧٩.....	خامساً - فكرة الرجوع إلى الأصل:
٢٨٠.....	سادساً - فكرة الباعث الشريف:
٢٨٠.....	سابعاً - حماية مقاصد الشارع ومصالح الناس:
٢٨١.....	طبيعة الدفاع الشرعي وأثاره:
٢٨٤.....	موقف قوانين العقوبات العربية من الدفاع الشرعي:
٢٨٤.....	أولاً- شروط الخطر:
٢٨٧.....	شروط الفعل الذي يدفع به الخطر:

٢٨٨.....تجاوز الدفاع الشرعي:
٢٨٩.....ملاحظات على قوانين العقوبات العربية في موضوع الدفاع الشرعي:
٢٩٢.....وفي القانون مصطلح (الدفاع)

٢٩٤.....الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة
٢٩٦.....الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة.
٢٩٦.....انواع الخنثى:
٢٩٧.....أسبابه:
٢٩٧.....خصوصيته:
٢٩٧.....العلاج:
٢٩٧.....معايير التمييز بين الصنفين:
٢٩٨.....أ- أهم المعايير قبل البلوغ:
٢٩٨.....ب- أهم علامات التمييز بعد البلوغ:
٢٩٩.....أهمية التمييز:
٢٩٩.....كيفية توزيع تركة يكون الخنثى أحد ورثتها:

**المبادئ العامة
لعادلة القضاء
في الإسلام**

النصوص حتى توقع الناس في حرج لان الحرج مرفوض في دستور الله كما قال سبحانه (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)^(١).

ومن أجل ذلك طبقوا النصوص تطبيقاً علقاً للعدالة وكانوا يعمدون الى حكم منصوص فيستنبطون له العلة ليوسعوا دائرة تطبيقه ويوقفون العمل بأحكام يحال انهم خالفوا به حكم الله ولكنهم بشاقب نظرهم علموا ان هذا الحكم معطل بعلّة فزالت فيجب ايقاف العمل به وبذلك استعدثوا لنا مبدأ عاماً وهو: (ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا).

وأحياناً لم يطبقوا النص في مجالات تزدي المصلحة المتوخاة من تطبيقه إلى تفويت مصلحة أهم، ومن هذا ابتكروا لنا مبدأ: (إذا تعارضت مصطلحتان يؤخذ بأهمهما).

وكثيراً ما خصصوا النصوص العامة وقيدوا النصوص المطلقة بالمصالح العامة لانهم وعوا ان الشريعة الاسلامية أتت لتحقيق مصلحة الأسرة البشرية كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمَا لَكُمْ لِمُصَالِحٍ إِلَّا نَجْمٌ لِلْعَالَمِينَ﴾^(٢) والرحمة هي المصلحة دينية كانت أو دنيوية مادية لو معنوية إيجابية (منفعة مستجلبة) أو سلبية (مضرة مستدراة) وغير ذلك من تطبيقاتهم القضائية التي عبدت الطريق أمام القضاة في الأجيال والازمنة المستقبلية وتركوا مبادئ عامة يهتدي بها القضاة في كل زمان ومكان لتحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه المشدوع ومن تلك المبادئ ما يأتي:

أولاً: مبدأ عدم تقييد القاضي بحرفية النص:

لم يلزم قضاة الصحابة والتابعين أنفسهم بالتمسك بحرفية النص والوقوف عند المعنى الحرفي إذا كان قابلاً للاجتهاد. ومن الواضح ان القاضي يجهتد في حالتين: إحداهما: حالة غياب النص فإذا لم يجد القاضي نصاً خاصاً بحكم القضية المعنية به فعليه الاجتهاد للوصول إلى حكم عادل لها مستعيناً بالمصادر التبعية الكاشفة.

والثانية: حالة وجود نص لا تكون دلالة على الحكم قطعية: وبناء على هذا الأساس يصل ما ورد في المادة الثانية من القانون المدني العراقي القائم: (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص) على النص الذي تكون دلالة على الحكم قطعية بحيث لا يحتمل حكماً آخر

(١) سورة الحج - الآية: ٧٨.

(٢) سورة الأنبياء - الآية: ١٠٧.

أما إذا كان ظني الدلالة فعلى القاضي ان يمتد فيه لتحديد حكم يكون أكثر ملامة، وأقرب عدالة، وأوفر مصلحة، بالنسبة للموضوع المعني بالحكم.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وعلي بن أبي طالب (رضي الله عنه) بتطبيق القصاص (عقوبة الاعدام) على أكثر من واحد إذا اشتركوا في قتل شخص واحد دون التقييد بحرفية قوله تعالى ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ تَنْفُسُ بِالنَّفْسِ﴾^(١) لأن ظاهر هذا النص يقتضي المساواة في المعادلة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بحيث إذا كان المقتول واحداً فيقتص من قاتل واحد كما ان لفظ (القصاص) ظاهر في هذه المعادلة. ونقطة البداية في اقرار المساهمة الجنائية هي واقعة جرمية وقعت في اليمن في عهد خلافة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) خلاصتها:

ان امرأة اشتركت مع رجل كان بينهما علاقة غير مشروعة في قتل ابن زوجها من الزوجة السابقة خشية تسرب هذه العلاقة عن طريقه إلى زوجها ثم انكشفت الجريمة بعد تنفيذها ورفعت القضية إلى الروالي في صنعاء اليمن (يعلى بن أمية) بصفته قاضياً إضافة إلى سلطته التنفيذية غير انه وقف أمام ظاهر قوله تعالى (ان النفس بالنفس) متردداً كيف يقضي بالاقتصار من قاتلين والمقتول واحد ففاتح مركز الخلاف بالموضوع فتشاور عمر وعلي في الامر ثم وصل اجتهادهما إلى ان التقييد بظاهر هذا النص والتمسك بحرفيته سوف يعرض حياة الأبرياء للخطر لان كل من أراد قتل شخص يأتي بأخر يشاركه في تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص ورعاية للمعادلة وحماية لارواح الأبرياء، أقرأ معاً وجوب تطبيق حكم القصاص على أكثر من واحد إذا اشتركوا في الاعتداء على حياة وسلامة شخص واحد فأجاب الخليفة عمر واليه قاتلاً مقلته المشهورة: (لو تمالأ أهل صنعاء كلهم على قتل واحد لقتلهم) وفي رواية (القتلهم).

ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة كلما دعت العدالة إلى ذلك:

لقد أدرك قضاء الصحابة ومن أتى بعدهم ان جميع الشرائع الالهية التي نزلت على الأنبياء والرسل غايتها مصلحة الانسان لان الخالق الذي خلق كوناً لا تزال عقول علماء.

(١) سورة المائدة - الآية: ٤٥.

الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي. غني مطلق عن المصالح التي تحتلها هذه الشرائع وتطبيقاتها.

ومن هذا المنطلق تكون الغاية المتوخاة من النص هي العدالة ومصلحة الإنسان من جلب نفع ودرء ضرر وعلى أساس هذا المبدأ فإن للقاضي تخصيص النص العام وتقييد النص المطلق كلما دعت العدالة إلى ذلك.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قيام سيدنا على بن أبي طالب (ع) بتخصيص عموم قول الرسول (ﷺ): (لا ضمان على مؤتمن) أي لا ضمان على من تكون يده يد أمانة على مال الغير ما لم يكن متعدياً أو مقصراً فلفظاً (ضمان ومؤتمن) نكرتان واقعان في حين التنفي يفيدان العموم وفقاً للقواعد الأصولية ورغم ذلك فإن علي بن أبي طالب (ع) خصص هذا العموم بالمصلحة وقضى بتضمين الأجير المشترك^(١)، فلقضى بتضمينه إذا تلف تحت يده مال من استأجره ولو لم يكن مقصراً لحماية أموال الناس والزماً له بأن يبذل في حفظه عناية حفظ ماله الخاص أو عناية الرجل المعتاد.

ولما قيل له كيف تقضي بضمانه ويده يد أمانة وقد قال الرسول (ﷺ) (لا ضمان على مؤتمن)، أجاب بمقولته المشهورة: (لا يصلح الناس إلا ذلك)^(٢).

ثالثاً: مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعلماً؛

لكل تشريع باعث دافع والا لكان عبثاً والباعث الدافع لكل نص مقدم على تشريعه في التصور ومؤخر عن تطبيقه وتنفيذه في التحقق لان غاية كل شيء نتيجته وهذه النتيجة أو الغاية لها تسميات أخر منها الحكمة، والمصلحة، والعلة، فإذا تخلصت الغاية المتوخاة من تشريع نص، على القاضي إيقاف العمل به في الواقعة التي لا يحقق تطبيق النص فيها غايته والعدالة المتوخاة منه لان تطبيقه حينئذ يكون من باب الخروج عن مقاصد الشارع.

(١) وهو الذي يعمل لأكثر من شخص واحد كالحياط والنجار والحداد والمقاول.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ٢٨٩/٦، في التحرير والتيسير (١٢٣/٢): (وضمن أبو يوسف ومحمد الأجير المشترك فيما يمكن الاحتراز منه كالسرقة بخلاف ما إذا هلك بالسبب الغالب وهو لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والفرق والغارة العامة فانه لا ضمان فيه وإنما ضمناء بقول علي رضي الله عنه.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب في خلافة أبي بكر (رضي الله عنه) بإيقاف العمل بنصر قوله تعالى (وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ)^(١) في آية تحديد آية تحديد أصناف المستحقين للزكاة والمؤلفة قلوبهم كانوا ثلاثة أقسام:

قسم كانوا من المشركين الذين تضررت مصالحهم برسالة محمد (ﷺ) الداعية إلى المساواة والقضاء على الظلم واستعباد الإنسان لأخيه الإنسان واستئصال جذور الشرك والنظام الطبقي البغيض، فحاولوا وضع العراقيل، في طريق نشر هذه الرسالة لذا خصصت لهم نسبة من موارد الزكاة لإيقاف نشاطهم التخريبي ووضع حد لتحركاتهم الشريرة ضد الإسلام. والقسم الثاني كانوا من غير المسلمين أيضاً ولكن كان في إسلامهم مصلحة فخصص لهم بعض من موارد الزكاة لاستمالة قلوبهم.

والقسم الثالث كانوا حديشي العهد بالإسلام فلم يتركز الإيمان في قلوبهم بعد فأعطي لهم نصيب من الزكاة حتى يتبين الرشد لديهم من الغي.

وبعد أن تقوى مركز الإسلام وزال الخطر عليه رأى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الاستغناء عن استمالة القلوب ف قضى بعدم صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم بأقسامهم الثلاثة لأن الزكاة شرعت لمكافأة الفقر وتضييق النظام الطبقي بين الغني والفقير وقد أجمع على هذا الرأي فقهاء الصحابة في عهد الخليفة الأول وبذلك أصبح حكماً مجعاً عليه ويعتبر عمر بن الخطاب بهذا الصنيع أول شخص استحدث قاعدة (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً).

رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لمصلحة أهم

المصالح المتوخاة من تشريع النصوص وتطبيقها وتنفيذ أحكامها منها ضرورة يزوي تحفلها إلى الإخلال بالنظام والحياة ومنها حاجة يزوي عدم تعقلها إلى المخرج والضيق، ومنها كمالية تعقلها من الكماليات والتحسينات وتعتبر مكملة للنوعين السابقين وبناء على هذا التفاوت في أهمية المصالح إذا حصل التعارض بينها تقدم المصلحة الضرورية على المصلحة الحاجية كما تقدمان على الكمالية.

(١) في قوله تعالى (أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) سورة التوبة: ٦٠.

والمصالح الضرورية خمس وهي مصلحة حماية الدين والحياة والعرض والمال والعقل فهي من ضروريات حياة كل مجتمع في العالم بحيث اذا اختلت واحدة منها يخلت المجتمع في الحياة واذا حصل التعارض بين هذه المصالح الضرورية الخمس تقدم مصلحة حماية الدين والعرض على حماية الحياة وحماية الحياة على حماية الأموال. ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قضى في سنة المجاعة برلع عقوبة السرقة الواردة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تِلْكَ آيَاتُ اللَّهِ﴾^(١) عن الذين ارتكبوا جريمة السرقة لسد حاجتهم الضرورية في المعيشة وقال في تعليل وتسيب هذا القضاء مقلته المشهورة: (في تطبيق العقوبة حماية الأموال وفي إيقافها بالنسبة للمضطرب حماية الأرواح، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

خامساً: مبدأ عدم تغيير حكم القاضي للواقعة

في الاسلام لا يعتبر حكم القاضي منشأً للحق وانما هو كاشف ومقرر لما هو موجود في الواقع لان الله تعالى في كل تصرف من تصرفات الانسان ولكل واقعة تواجهه حكماً خاصاً ان اصابه المجتهد أو القاضي فهو مصيب وان لم يصبه فهو غلط.

وبناء على ذلك اذا كان حكم واقعة أو تصرف هو المخطر في الواقع وحكم القاضي بالمجازاة لو كان الأمر بعكس ذلك، فان العبرة بالحكم الواقعي لا بما حكم به القاضي فعلم القاضي لا يخلل حراماً ولا يحرّم حلالاً سواء كان عدم اصابة القاضي للحكم الواقع بسبب خطأ في الاجتهاد أو كان بسبب ما قدم اليه من الادلة الكاذبة والمستندات المزورة.

واساس هذا المبدأ هو قول الرسول (ﷺ) في قضائه في الدعوى التي كانت ترفع اليه: (انكم تقتصون الى ولعل بعضكم الحق)^(٢) بجته من بعض فاقضي له على نحو مما اسمع منه^(٣) فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فانما اقطع له به قطعة من النار)^(٤)،

(١) سورة المائدة - الآية: ٣٨.

(٢) اللحن هو الميل من جهة الاستقامة والمراد ان بعض الحصاء يكون اعرف بالحجة وافطن لها من غيره.

(٣) من الدعوى والاجابات والبيانات والايمان وقد تكون باطلة في نفس الأمر فيقتطع من مال أخيه قطعة من النار ما يزول اليه.

(٤) الحديث متفق عليه، صحيح مسلم: ١٣٣٧/٣.

فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على ان حكم القاضي لا يحل به للمحكوم له ما حكم به له على غيره اذا كان ما ادعاه باطلاً في نفس الأمر وما اقامه من البينة كاذباً^(١). أما القاضي فيجوز له ان يحكم بما ظهر له، وان يظلم المحكوم عليه بحكمه على هذا الظاهر وان يجهل على تنفيذه، فالإسلام لا يلزم القاضي بأن يحكم دائماً باليقين لانه لو طلب منه اليقين في كل شيء لتعطلت أمور كثيرة وضاعت حقوق الناس لان الدعاوي والبينات أخبار وكل خبر يتمثل الصدق والكذب من حيث ذاته فلا يحصل بها الا الظن وهو الادراك الراجع لدى الانسان مع احتمال اخر مرجوح يسمى الوهم، كما يسمى ادراك طرفي القضية من الثبوت وعدمه بصورة متساوية شكاً، فكما لا يلزم القاضي بالعمل باليقين لا يجوز له ان يحكم بالشك لان الشك يفسر لمصلحة المتهم.

سادساً: مبدأ المعاملة بنقيض القصد العيني

أمر الإسلام الانسان بحسن النية في كافة تصرفاته وتعامله مع الغير وحرم الحاق الضرر بالغير او مقابلة ضرره بالضرر في فعله او قوله على لسان رسوله: (لا ضرر ولا ضرار)^(٢). وروى الرسول (ﷺ) العمل بالنية وجعله تابعا لها صحة وفسادا وبناء على هاتين القاعدتين أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على ان من طلق زوجته وهو في مرض الموت بدون طلب او تقصير منها يقع الطلاق اذا كان واعياً ولكن الزوجة تترده معاملة معه بنقيض قصد السيئ لان طلاقه في هذا الظرف يفسر بانه اراد حرمانها من الميراث.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه في خلافته بتوريث تاحضر زوجة عبدالرحمن بن عوف^(٣) حين طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته ثم اصبحت هذه السابقة القضائية مصدراً لحكم جميع الفقهاء بوقوع طلاق المريض مرض الموت وتوريث زوجته رغم وقوع الطلاق معاملة بنقيض قصد السيئ. وهذا ما لم يختلف فيه الا من شذ لكنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يسقط حق الزوجة في الميراث بعدها كما يأتي:-

(١) لكن اذا كان المحكوم له حسن النية وجاهلاً بكذب او تزوير البينة او لا يعرف بخطأ القاضي فانه لا يعتبر آمناً.

(٢) سبل السلام: ١١٠/٣.

(٣) المنتقى شرح الموطأ: ٨٥/٤ وما بعدها.

أ- قال الحنفية^(١) تروث الزوجة اذا مات الزوج وهي مازالت في العدة واذا مات بعدها لا تروث لانقطاع العلاقة الزوجية.

ب- وقال الجعفرية^(٢) تروث ما لم تمض سنة على الطلاق والنزوح لا يزال حياً، وما لم تنزوح في حياة الزوج فاذا مات بعد مرور سنة على الطلاق أو تنزحت هي في حياة الزوج. فانها لا تروث وتتفق فقهاء الحنابلة^(٣) مع الجعفرية في ان زواجها يسقط حقها في الميراث لانه يعتبر بمثابة التنازل عن حق الميراث.

ج- وقال المالكية^(٤) والاباضية^(٥) تروث مطلقاً لان سبب الميراث ليس العلاقة الزوجية بل ما حل محلها وهي المعاملة بتقيض القصد السيء سداً للذرائع وهذا السبب لا يسقط بالتقادم وهذا الرأي الأخير هو القميين بالأخذ فسادت علة الحكم باقية يبقى الحكم لانه يدور معها وجوداً وعدمياً.

وبناء على هذا المبدأ الذي قضى به أحد الخلفاء الراشدين وأصبح مجعاً عليه في عهد من الضروري إعادة النظر في الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم التي تنص على انه: (لا يقع طلاق المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثله الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة)، واقترح حذف الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية:

١- تخالف لجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية التي تقضي بوقوع الطلاق وميراث الزوجة.

٢- القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت حين تمتعه بالوعي الكامل والادراك التام يخالف لإجماع فقهاء المسلمين.

٣- اذا كان عدم الوقوع لعدم الادراك التام لدى الزوج فانه يكون مكرراً مع الفقرة الاولى من هذه المادة التي تنص على عدم وقوع طلاق فاقد التمييز لكبر أو مرض.

(١) المبسوط للسرخسي: ١٥٤/٦. الدر المختار وشرح تنوير الابصار مع رد المحتار: ٢٨٣/٣.

(٢) الكافي للكليني: ١٢٢/٦.

(٣) المغني لابن قدامة: ٣٣٠/٦.

(٤) المنتقى شرح موطا الامام مالك: ٨٦-٨٥/٤.

(٥) شرح النيل وشفاء العليل، لمزيد من التفصيل راجع: سلطان الإرادة في الطلاق في الشريعة والقانون خلال ٤٠٠٠ سنة للدكتور مصطفى إبراهيم الزلي: ٧٠-٥٩/٢.

٤- إذا كان الطلاق لا يقع تكون عبارة: (وترث زوجته) عبثاً والمفروض ان القانون لا عبث فيه.

٥- إذا كان قصد المشرع حماية حقوق الزوجة فان الفقهاء اجمعوا على حماية هذه الحقوق.

٦- كيف يعلم القاضي مقدماً ان هذا الزوج المريض يموت في هذا المرض أليس الله قادراً على شفائه فكم من الناس أقرت اللجان الطبية حتمية موتهم خلال فترة وجيزة ثم عاشوا بعد ذلك سنوات.

وبناء على هذه الفقرة فان الزوجة تبقى في المدة الواقعة بين حكم القاضي وبين موت الزوج في حالة من الزوجية واللازوجة فاذا مات في هذا المرض يكون حكمه صائباً والا فيكون مخالفاً للواقع لان الطلاق لم يكن في مرض الموت حتى يحكم بعدم وقوعه.

سابعاً: مبدأ تغير الاحكام بتغير الازمان

من الضروري ان يكون القاضي عالماً بالظروف التي كانت تحيطه بتشريع النص حتى يقارنها بظروف تطبيقه بحيث اذا وجدها حين التطبيق قد طرأ عليها تغير يخص النص ان كان عاماً وقيده ان كان مطلقاً ويقول له اذا كان قابلاً للتأويل لانه في حالة غياب هذه الموازنة قد يحكم القاضي بما يخالف العدالة فيلحق الخرج والعسر بالمجتمع وهما مرفوضان بقوله تعالى (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) ^(١) وقوله (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ) ^(٢).

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ: ان اسعار المواد والحاجيات في المدينة المنورة ارتفعت وغلت فذهب وفد إلى الرسول (ﷺ) فقالوا يا رسول الله غلا السعر في المدينة فصر لنا فامتنع الرسول عن الحكم بالتسعر واعتبه ظلماً مخالفاً للعدالة لان سبب ذلك الغلاء او ارتفاع الاسعار كان قلة الانتاج وكان راجعاً الى قانون العرض والطلب فكان الطلب أكثر من العرض فقال الرسول (ﷺ) (ان الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق اني لأرجو ان القى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم أو مال) ^(٣).

ولذلك اعتبرت التسعيرة في ظل تلك الظروف مظلمة مضرة بحق التجار والباعة.

(١) سورة الحج - الآية: ٧٨.

(٢) سورة البقرة - الآية: ١٨٥.

(٣) نيل الاوطار للشوكاني: ٢٣/٥.

ولما تغيرت تلك الظروف في عهد فقهاء التابعين وتبدلت النفوس ومالت الى الجشع والاستغلال والاحتكار وكسب الربح على حساب المستهلك قضى قضاء وفقهاء التابعين بالتسعر رفعاً للعرج والضيقة ومن هؤلاء سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى الانصاري وغيرهم مع ان المنطوق الصريح للحديث المذكور هو ان التسعيرة مظلمة بحق التجار والبيعة ورغم ذلك فانه لا تناقض بين حكم الرسول (ﷺ) بعدم التسعير وبين حكم قضاء التابعين له لانه لكل واحد من الحكمين طرفاً خاصاً ووضعاً مختلفاً.

ثامناً: مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة

خطورة منصب القضاء لم يعرف منذ صدر الاسلام إلى لواخر عهد العباسيين أن يتولى هذا المنصب الا من كان مجتهداً واحلاً للاجتهاد وعلى الرغم من هذه المكانة العلمية لم يمنح له سلطة التجريم ولا استحداث العقوبة بصفته قاضياً وانما كانت هذه السلطة حصراً ليمين له الولاية الفعلية على المسلمين يتعاون مع اهل الشورى ذلك لان الشريعة الاسلامية شريعة نادت بمبدأ الشرعية: (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص) وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١). فلا عذاب ولا عقاب الا بعد ارسال الرسل وتبليغ الناس بما هو جائز وما هو محظور.

وعدم العذاب او العقاب يستلزم عدم المسؤولية الجنائية. ومنها قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾^(٢) فهذه الآية تدل على ان الجهل عذر بدليل قوله تعالى ﴿يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ أي ان مجرد ارسال الرسل وانزال الشرع لا يكفي لاقرار المسؤولية الجنائية لمن يرتكب ما حرمه الشرع وهو لم يبلغ بعد ما لم يكن مقصراً في عدم التبليغ وعدم العلم.

ويستثنى من مبدأ الشرعية الايمان بالله فهو واجب على الانسان عقلاً قبل ان يكون واجباً شرعاً فعلى كل انسان بالغ عاقل ان يستدل بالبرهان الانبيائي بالأثر على وجود المؤثر للايمان بالله لانه لو كان الايمان بالله متوقفاً على الايمان بالشرع للزمّت المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان الايمان بالشرع لا يكون الا بعد الايمان بالله فلو توقف

(١) سورة الاسراء - الآية: ٨٥.

(٢) سورة القصص - الآية: ٥٩.

الايان بالله على الشرع للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه الملتزم لتقدم الشيء على نفسه واللازم باطل وكذلك الملتزم.

تاسعاً: مبدأ حرية مناقشة حكم القاضي

على القاضي ان يفتح صدره أمام المدعي والمدعى عليه ومن ينوب عنهما للدفاع عن النفس او أي حق آخر، وهذا المبدأ نص عليه القرآن الكريم وأمر القضاة برعايته في آية الطهار في قوله تعالى ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾^(١).

وسبب نزول هذه الآية والايات التي تليها هو ان امرأة (خولة بنت حكيم) رفعت قضية شقاقها مع زوجها (اوس بن الصامت) بشأن ظهار اياها والظهار هو ان يشبه الزوج زوجته باحدى عارمه كأمه وأخته وبنته.

وكان الظهار طلاقاً قبل الاسلام ثم جاء الاسلام والغي هذا الحكم وأحل محله الكفارة ورفعت خولة قضيتها الى الرسول (ﷺ) فقالت يا رسول الله زوجي اوس أكل مالي وأفنى شبابي ونشرت له بطني حتى اذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني فأجابها الرسول قائلاً ما أراك الا قد حرمت عليه وعادت خولة تحاور الرسول وتناقشه بمنتهى الحرمة وتقول له ان لي منه صبية ان ضمتهم اليه ضاعوا وان ضمتهم الي جاعوا وعاد الرسول يقول لها ما أراك الا قد حرمت عليه ولم تقتنع خولة بالحكم وقالت الى الله أشكو امري وأمر صبيتي ثم نزلت على الرسول آية ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾ الآية. ثم بين سبحانه وتعالى ان حكم الظهار هو تحريم معاشره الزوجة على المظاهر قبل دفع الكفارة وهي عبارة عن تحرير رقبة أي انسان مستعبد فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين وان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسَأَ ذَلِكَ تُوعَطُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسَأَ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾^(٢).

(١) سورة المائدة - الآية: ٨.

(٢) سورة المائدة - الآية: ٣-٤.

ملاحظة: مبدأ البراءة الأصلية

أجمع علماء المسلمين على أن الأصل في الإنسان براءة ذمته ذلك لأن الإنسان يولد وذمته بريئة من كل التزام مدني أو جنائي وله قبل ولادته أهلية وجوب النقص الصلاحية بأن يكون له بعض الحقوق ويكتسب بعد الولادة أهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية) ومع ذلك فإن الأصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجنائية حتى يثبت خلاف ذلك فعلى القاضي أن يتعامل مع المدعى عليه على أساس هذا المبدأ بأن يعده بريئاً من كل تهمة وجهت إليه حتى يثبت خلاف ذلك وتثبت ادانته. ومصدر هذا المبدأ هو القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية الكلية والعقل السليم:

١- القرآن:

نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الإنسان من الالتزامات الجنائية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلها بنصوص التجريم والعقاب لأن القرآن أول شريعة أزلت مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ومن الآيات الدالة على هذا المبدأ قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١) وقوله ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾^(٢).

٢- السنة النبوية:

من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الأحاديث النبوية وجد كثراً من أقوال وأفعال الرسول تبين صراحة على السواء الأصلية لذمة الإنسان منه قوله (ﷺ): (ادروا الحسد بالشبهات)^(٣)، وقوله (ﷺ): (لو كنت راحماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الرية في منطقتها وهيأتها ومن يدخل عليها)^(٤)، وقوله (ﷺ): (البينة على من ادعى

(١) سورة الاسراء- الآية: ١٥.

(٢) سورة القصص الآية- الآية ٥٩.

(٣) في رواية: (ادفعوا الحسد ما وجدتم لها مدفعاً) رواه ابن ماجه، نيل الاوطار: ١١٧/٧.

(٤) رواه ابن ماجه، نيل الاوطار: ١١٧/٧.

واليمين على من أنكر)، وقوله (يَكْفُرُ) : (لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)^(١).

٣- القواعد الفقهية العامة منها :

أ- الأصل بقاء ما كان على ما كان^(٢).

ب- القديم يتولد على قدمه^(٣).

ج- الأصل في الصفات العارضة العدم^(٤).

رب زدني علما والحنفي بالصالحين

(١) صحيح مسلم: ١٣٣٦/٣.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: ٥/م.

(٣) المجلة ٦/م.

(٤) المجلة ٩/م.

منهاج الاسلام في مكافحة الاجرام

منذ الخليفة انقسم العالم البشري إلى معسكرين: معسكر الخير ومعسكر الشر فالتضمت هذه السنة للحياة أن تكون في كل عصر يد حكيمة مدبرة تمسك بالحيوط وتقود المركب المتزاحم المتصارع إلى شاطئ الخير والاصلاح في نهاية المطاف.

وانبثاقا من هذا الواقع البشري أخذ المصلحون والمفكرون من العلماء والفلاسفة يبحثون عن مصدر هذا الخير وذلك الشر محاولين الحصول عليه في الفطرة الانسانية، غير أن آراءهم تباينت وانظارهم تضاربت كالآتي:

أ- قال البعض^(١): طبيعة الانسان فطرت على الخير فهو انما يختار سلوك الشر بتأثير من عوامل طارئة على فطرته كالعوامل المادية (الطبيعية) أو الأنثروبولوجية (الفردية)، لو الاجتماعية أو الوراثية.. أو غير ذلك مما يضعه تحت كابوس الشهوات ويضعه لسلطان النزوات.

وانتقد هذا القول بأنه مخالف لكثير من المسلمات الفعلية والمألوفات العادية يقول "جالينوس"^(٢): إن كان جميع الناس أخياراً بالطبع فمن علمهم الشر؟ ان علمهم غيرهم فهذا الغير شرير فليس الكل أخياراً، وان تعلموه من أنفسهم ليلهم اليه فالكمل أشرار حتى وان وجد لهم الميل إلى الخير مادام ميل الشر هو الغالب.

ب- وأخذ البعض^(٣) بعكس هذا الاتجاه وحكموا على الانسان بان فطرته مطبوعة على الشر فهو شرير بالطبع وإذا سلك في مسار الخير يكون ذلك لاسباب خارجة عن ذاته.

(١) ومنهم ملاط (٤٦٩-٣٩٩ ق.م) الفيلسوف اليوناني من أثينا وهو لم يترك أثراً مكتوباً وإنما سجل حياته وتعاليمه تلميذه أفلاطون في محاوراته، واكسالفون في مذكراته. وكان يعتقد أنه صاحب الرسالة في الاصلاح.

(٢) جالينوس (١٣٠-٢٠٠ م) كاتب وطبيب يوناني له أكثر من خمسمائة مؤلف في الطب والفلسفة ينظر الموسوعة العربية الميسرة ص ٥٩٧.

(٣) ومنهم اليسوعيين.

ويعتبر لومبروزو^(١) من أنصار هذا الاتجاه حيث يرى ان ظاهرة الاجرام تشمل ارتداده المجرم إلى اصل بدائي قديم يحمل في نفسه غرائز وحشية للانسان البدائي والحيوانات المنحطة.

وينتقد هذا الرأي بمثل ما انتقد به الرأي الاول^(٢) إلى جانب ان العلم الحديث أثبت انه ليس لاية صفة من الصفات الجسمية او التشريحية قوة في حد ذاتها يمكن ان تكون أساسا للنزعة الاجرامية.

ج- وذهب الفيلسوف الالماني "كانت" إلى ان الطفل غير المميز لا توصف فطرته بالخير والشر لانه لا يدرك ما يفعل ولا يعني ما يصدر عنه من التصرفات. وينتقد بانه قد خلط بين مناطق المسؤولية وبين الفطرة.

والواقع ان الانسان ليس خيما بالطبع ولا شريرا بالطبع بل هو وسط بين عالم الملائكة الذين لا يحملون سوى الطاقة الحية ﴿لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾^(٣) وبين عالم الحيوان الذي لا يملك مناط المسؤولية.

اذا الانسان يحتوي في وقت واحد الطاقة المكونية التي تدفعه دوما الى الخير، والنفس الحيوانية الامارة بالسوء، فعندما يولد معه الاستعداد لكل من الخير والشر، والعوامل الطارئة هي التي ترجح احدي الكفتين على الأخرى.

وقد نطق القرآن الكريم بهذه الحقيقة صراحة في قوله تعالى: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّاهَا وَقَدْ خَابَ مَن دَسَّاهَا﴾^(٤).

وقد أعلن الاسلام منذ بدايته مبدأ (الوقاية خير من العلاج) لاسباب أهمها:

١- الوقاية تعني محاولة منع تكوين الشخصية الاجرامية منذ الطفولة.

٢- الوقاية تهني الفرد لان يتخذ سلوكا مستقيما يقتضى طبعه واندفاعه الذاتي بحيث يكتسب سلطة فعلية على سريره.

(١) ولد في مدينة بافيا عام ١٨٣٨م ينظر المرحوم الاستاذ عبدالجبار عريم نظريات علم الاجرام ص٦٧-٦٨.

(٢) ينظر الاستاذ أحمد جاد المولى بك: مذكرات في الخير ص ٥.

(٣) سورة التحريم/٦.

(٤) سورة الشمس/ ٧-١٠.

- ٣- السياسة الوقائية تستند إلى أسس علمية وعملية بحيث يكون نجاحها في مكافحة الاجرام أمراً غير مشكوك فيه.
 - ٤- الوقاية تتخذ منذ وقت مبكر وفي حالة يكون الانسان فيها في دور العجينة له مرونة قابلة للتطبع بما يلى عليه.
 - ٥- عدم وجود جدوى العلاج بالنسبة للمحتفلين للجريمة.
- وهذه الاسباب وغيرها هي سر تركيز الاسلام على الطرق الوقائية أكثر من تركيزه على الوسائل العلاجية.
- ويتناول هذا البحث كلتا الطريقتين (الوقائية والعلاجية) ضمن فصلين.

الفصل الأول

الطرق الوقائية لمكافحة الاجرام

قلنا ان الاسلام اعار أهمية كبيرة للطرق الوقائية وهي من حيث طبيعتها وملاكتها لمراحل حياة الانسان تنقسم الى قسمين:

قسم منوط بالتكوين الشخصي الصحيح للانسان ونشأته نشأة سليمة، والقسم الآخر يتعلق بتهديب سلوكه من طريق تلوينة صلته بربه الذي هو رقيب على ظاهره وباطنه. وهذا ما نبهته في المبحثين التاليين:

المبحث الأول

الأسس التكوينية لسلوك الانسان

تساهم في التكوين السلوكي للانسان عوامل كثيرة أهمها المنبت الصالح، والجليب الأصيل، والمضانة السليمة، والتربية الصحيحة، والتعليم الحكيم السليم.

أولاً: اختيار منبت صالح للبنة:

وحدة الرجل والمرأة في صورة الزواج الصحيح هو الاساس الطبيعي لبقاء النوع البشري وسلالته للمتاقبة.

فالغريزة الجنسية لم تخلق لتكون غاية لذاتها وانما هي وسيلة لشرة اسمى وهي استمرارية حياة بنى نوع الانسان بصورة تتكلم مع الكرامة التي منحها الله اياه كما ورد في القرآن الكريم ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَخَلَقْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(١).

ولهذا طرعت عن الغريزة الجنسية غرائز فرعية وهي:

أ- الغريزة الشهوانية الحيوانية التي تجذب أحد الجنسين نحو الآخر.

ب- غريزة العاطفة الروحية المهذبة (الحب المعنوي) بين الزوجين عن طريق بناء الكيان الزوجي.

ج- غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوجين من جهة وبين الاولاد من جهة اخرى حين قيام الاسرة.

وهذه الاخيرة هي اسمى الغرائز لان الاسرة ان صحت صح المجتمع، وان فسدت فسدت المجتمع.

(١) سورة الاسراء/٧٠.

ولاجل ان ينبت الانسان نباتا حسنا ويصبح نبتة صالحة في بناء كيان المجتمع بعيدا عن كل نوع من انواع السلوك الاجرامي حدد الرسول الكريم (ﷺ) طبيعة اختيار شريكة الحياة في كثير من اقواله منها ما يلي:

أ- قال "اياكم وخضراء الدمن. قالوا: يا رسول الله وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في المنبت السوء"^(١).

وكلمة (اياكم) في هذا الحديث الشريف للتحذير من اختيار حسناء نبتت من منبت السوء، وترتت تربية سيئة لانعكاس الآثار السلبية لهذا الاختيار على سلوك الاولاد. ب- وقال (تحبوا لنطفكم فان العرق نزاغ). وفي رواية أخرى: (تزوجوا في المحسر الصالح فان العرق دساس) وفي رواية قال رسول الله (ﷺ): (تحبوا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم)^(٢). هذا ما قاله الرسول (ﷺ) قبل أكثر من اربعة عشر قرنا. وقد اثبت علم الوراثة في العصر الحديث ان الاختلاف الاصيل في الصفات بين افراد النوع يرجع الى الاختلاف في صيغيات نواة الخلية.

وان هذه الصفات تنتقل من السلف الى الخلف عن طريق الازفة وهي جراثومة البوتريلازم التي تنتقل العوامل الوراثية التي تحورها "الموروثا". على ان ما ينقل بالوراثة ليس هو الصفات ذاتها التي تبسود للعيان، وانما القدرة على حمل هذه الصفات"^(٣).

ج- وقال: (تحبوا لنطفكم وانكحوا الاكفاء)^(٤) أمر الرسول العظيم (ﷺ) في هذا الحديث الشريف بان يضع الزواج لشرط الكفاءة:

الكفاءة في الدين والخلق، والكفاءة في السن، والكفاءة في الحرف والمهن، والكفاءة في المستوى الثقافي والمركز الاجتماعي.. حتى يدوم الزواج بعيدا عن الشقاق والخلافات العائلية، والمشاكل البيئية التي لها تأثير سيء على سلوك الاولاد.

د- وقال: "تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولعسبها، ولجمالها، ولدينها فاهلقت بذات الدين تربت يداك"^(٥).

(١) جامع الاحاديث لجلال الدين السيوطي، ٤٥٦/١٠.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي، ١٣٣/٧.

(٣) أنظر الدكتور محمد أحمد خليفة: مقدمة دراسة السلوك الاجرامي طبعة ١٩٦٢ ص ٥٧.

(٤) المرجع السابق.

إن أهم العوامل التي تدفع الرجل إلى أن يقع اختياره على امرأة معينة هي: أما لأنها صاحبة مال يطعم في مالها، أو لأنها من ذوات الحسب الذي يعده الناس من مفاخر الاباء، أو لجمالها لأن الجمال مطلوب في كل شيء. ولا سيما في المرأة، أو لدينها وأخلاقها وسلوكها الجيد:

ويؤكد الرسول (ﷺ) أن الدافع الذي يخضع له الانسان يجب ان يكون العامل الآخر من العوامل الأربعة إذ به يتم كيان الأسرة السعيدة الصالحة لانجاب الأولاد الصالحين، بخلاف ذلك يلاقي الزوج المذلة والمسكنة. وتعبير (تربت يدك) يعني التصاقهما بالتراب وهو كناية عن المذلة التي تواجه الزوج إذا لم تلتزم الزوجة بالدين والاخلاق، وهذا ينطبق على البنات التي تختار شريكاً لحياتها.

ثانياً: الحليب الاصيل:

أعطى "الاسلام عناية كبيرة لارضاع الطفل من حليب الأم لما له من التأثير في تكوين شخصيته وسلوكه في المستقبل، لهذا بل ولاكثر من هذا أمر القرآن الكريم بأن يكون الارضاع من حليب الأم قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوَافِظِينَ كَامِلِينَ لَعَنَ لَوَآذُنَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾^(١).

فهذا النص وإن ورد على شكل جملة خبرية إلا أنه في الحقيقة والمعنى جملة انشائية فطلب من الامهات على وجه الحتم والالتزام ان يرضعن بانفسهن اولادهن ان امكن ذلك. واسلوب الطلب في صورة الخبر يعتبر فناً رائعاً من فنون البلاغة ويدل على أهمية الحكم. وانبثاقاً من تأثير الحليب على سلوك الرضيع اشترط الاسلام في المرضعة أمساً كانت أم غيرها أن يكون سلوكها حسناً.

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - كتاب النكاح ١٣١/٩.

(٢) سورة البقرة/٢٣٣.

ثالثاً- الحضانة السليمة:

للحضانة تأثير كبير في سلوك المحضون لانه يولد الحاضنة لا اراديا في اقوالها وافعالها، وفي صفاتها واخلاقها، وفي عاداتها وتقاليدها.. كما يقلدها تلقائيا في تعلم لغتها. ولأهمية الحضانة في سلوكية الطفل اشترط الاسلام في الحاضنة ان تكون اهلا لهذه الرسالة الانسانية: بأن تكون عاقلة قوية امينة صادقة في اقوالها وافعالها، مهيبة في اخلاقها وسلوكها.. ولكل ما يتلقاه الطفل من الحاضنة في مرحلة الحضانة من الشفقة والمحبة والمودة والانجم والوئام والابتسام.. تأثير فعال في معاملة هذا الطفل في المستقبل مع ابناء مجتمعه بنفس الاسلوب الذي عومل به في تلك المرحلة. وأعطيت للأم الأسبقية في ممارسة مهمة الحضانة في الشرع والقانون لوفرة شفقتها وعطفها وصلتها وتفانيها.. وأكد الرسول العظيم هذه الحقيقة في قصائده وتبعه الخلفاء الراشدون:

قالت امرأة يا رسول الله: ان ابني هذا كانت بطني له رعاء، وثنى له سقاء، وحجري له حواء، وان اياه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال لها: (انت احق به ما لم تنكحي)^(١). ولما خاصمت زوجة عمر بن الخطاب هـ بعد الطلاق الى أبي بكر الصديق هـ حين أراد عمر ان تكون له حضانة ولده منها: قال ابو بكر: (الأم أعطف، والطف، وارحم، واحسن، واخير، وارأف، هي احق بولدها ما لم تتزوج)^(٢).

رابعاً- التربية البيئية الصحيحة:

الأسرة هي المجتمع الصغير الذي يسلم الفرد إلى المجتمع الكبير لذا فان كل ما ينيه من الأول تنعكس آثاره على الثاني. وبناء على ذلك أعطت الشريعة الاسلامية أهمية كبيرة للأسرة في دورها الوصائي لانها تستقبل الطفل وهو بعد عجينة مرنة يقبل كل حجم تلميه عليه الأسرة التي هي معرض واسع لكل لون من ألوان الحياة الاجتماعية منها، والاخلاقية، والثقافية وغيرها.

(١) سبل السلام ٢٩٩/٣.

(٢) ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدى خير العباد ١٢٣/٤.

وفي الاسرة يتم نسيج العلاقة الوجدانية التي تربط الفرد بالحياة الخارجية وبأخذ طبعه النهائي في السنين الاولى من الحياة فالحدث في الاسرة يفهم الحياة وفيها يوجع ويشبع ويطمع، وفيها يكتسب الحب والمقد، وفيها يميل الى اختيار السلوك العدل او السلوك الاعوج. ويتميز آخر: الاسرة وعاء تنضج فيه الروح الاجتماعية او تحتق.

فالطفل في ادولر حياته الاولى يبحث عن نموذج يقتدى به وهو يحاول ان ينتزع هذا النموذج من محيطه الذي ينشأ فيه.. وما ان الاسرة هي التركيبة الاجتماعية التي يفتح عينيه عليها والحزن الذي يترعرع في كنفه فانه ينزع غالبا الى اكبار ابيه لانه الشخص الاقوى والامثل في الاسرة ولهذا النزوع القطري يجب على الاب ان يتصرف في البيت بحكمة تامة تجاه نفسه وزوجته واولاده حتى يقي نفسه واهله من الانحراف نحو السلوك الاعوج.

كما امر بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾^(١) وعلى الابوين ان يكونا قدوة نموذجية لاولادهما في الاخلاق الفاضلة والسلوك الجيد ولا يتصرفا بخلاف ما هو المطلوب من الاولاد ان يعملوا وقد ندد بهذا الاسلوب القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ﴾^(٢).

خامساً- التعليم السليم الحكيم:

من الغني عن البيان: ان الجهل مصدر اكثر الامراض الاجتماعية، كالتخلف والفقر والاجرام والجنوح.. وان العلم هو اساس كل تقدم في ميدان الحضارة، وتأمين الحياة الكريمة، ومكافحة الجريمة..

لذا اولت الشريعة الاسلامية اهتماما كبيرا للتعليم بحيث جعل اول طلب موجه الى المجتمع البشري هو الامر بالقراءة ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ﴾^(٣).

وقد كان سيدنا محمد (ﷺ) هو للمعلم الاول لامته يعلمهم الكتاب والحكمة كما يقول سبحانه وتعالى ﴿يَتْلُو عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُمُ﴾^(٤).

(١) سورة التحريم/٦.

(٢) سورة البقرة/٤٤.

(٣) سورة العلق/١، ٢.

(٤) سورة البقرة/١٥١.

وكان هو اول من طبق نظام التعليم الالزامي ومكافحة الامية حين جعل فدية كل اسير من اسرى بدر الكبرى تعليم عشرة من اولاد المسلمين القراءة والكتابة.

ولم يكتف بهذا القدر بل ذهب الى اكثر من ذلك فرفع التمييز الجنسي في ميدان التعليم فقال: (طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة)، وفي رواية (طلب العلم فريضة على كل مسلم وان طالب العلم يستغفر له كل شي حتى الحيثان في البحر)^(١) ولفظ مسلم في هذه الرواية يشمل المسلمة أيضاً.

واقر القرآن الكريم قبل القانون الوضعي بمئات السنين نظام البعثات وفكرة التنقل من بلد إلى آخر لفرض تحصيل العلم فقال سبحانه وتعالى: ﴿قُلْ لَا أَفْرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾^(٢). وأذار القوم يدخل في مفهومه منعهم من السلوك الاجرامي، ومن عمل كل شر عن طريق العلم والتوجيه الصحيح.

وهذا قليل من الكثير بالنسبة للاهمية التي اعطاها الاسلام للعلم. كسلاح يستخدم لمقاومة الشر، ولتوفير النفع والخير للمجتمع البشري.

ومرد هذا الاهتمام الى ان الانسان بالعلم يستطيع ان يميز الصالح من الطالح، والنفع من الضرر، والخير من الشر والطيب من الخبيث، والسلوك الصحيح من السلوك الاعوج..
وبذلك يمكن القول بان الاسلام اعتبر المؤسسة التعليمية من القوى وسائل مكافحة الاجرام. كما اعتبر المعلم هو المسؤول الثاني بعد الابوين عن سلوك الأحداث، وعن رعايتهم من المجنوح.

ولكن يجب ان لا ننسى ان المؤسسات التعليمية في حياتنا المعاصرة كما هي اداة تهذيب وتثقيف وتقديم للشخصية فانها قد تكون سببا لمجنوح الاحداث، وذلك لاهمال الجانب الروحي والتربية الاخلاقية فيها. وفي نظر الاسلام المؤسسات التعليمية من المؤسسات الدينية التي يجب ان تهتم بالجانب الروحي والمادي معا.

ورسالة المدرسة لا تقتصر على تلقين التلاميذ العلوم المجردة ولا تقف عند تعليم القراءة والكتابة او الحساب والهندسة والكيمياء والفيزياء او غير ذلك.

(١) صحيح وضعيف الجامع للشيخ الالباني ١/٢٦٠.

(٢) سورة التوبة/١٢٢.

وانما ينبغي عليها ان تركز على الجانب الروحي ايضا وأن تلقن الاحداث حسن التربية والاداب والقيم العالية والمثل السامية، والالتزام بالواجبات الدينية والاجتماعية الى جانب الالتزام بالواجبات التثقيفية المادية او الحضارية بالمفهوم الحديث.

المبحث الثاني الطرق الروحية الوقائية

بعد اجتياز الانسان مرحلة نقص الاهلية يأتي دور الوسائل الوقائية الروحية التي تتمثل في احكام تكليفية تنظم علاقة الانسان مع خالقه وتبدأ بالايمان بالله وتنتهي بما يتفرع عن هذا الايمان من العبادات بكافة انواعها سواء أكانت بدنية محضة كالصلاة والصيام، ام مالية محضة كالزكاة، ام بدنية ومالية كالحج. فهذه الاحكام الشرعية التكاليفية ان تم اداؤها بصورة صحيحة تولد طاقة روحية تحول بين القائم بها وبين كل عمل اجرامي كما يتجلى ذلك من الايضاح الآتي:

اولا- اهمية الايمان بالله في الوقاية:

الايمان بالله هو اول واجب عقلي وشرعي على كل انسان مكلف يعيش على بساط كوكب الارض او في اي عالم آخر ان وجد فالايان بالله هو المنطلق الاول للانسان نحو النسر والتقدم والتطور في المجالين الروحي والمادي. فالجسم بلا ايمان كهيكل بلا روح. فالايمان عمود فقري لكافة ألوان الحياة السعيدة للبشر فمن لا عقيدة له لا التزام له، ومن لا التزام له لا يكون أهلا لتسلم اية مهمة. ان القيم الانسانية والمثل العليا التي امتزجت بقواعد التشريع من البر والاحسان، والتكافل والوفاء، والاخوة والايثار.. تستمد معاييرها وتدعيمها من ينبوع واحد وهو الايمان بالله^(١).

(١) ينظر فلسفة الشريعة للمؤلف، ص ٤.

فالإيمان بالله يراقب العامل في عمله، والفلاح في مزرعته والموظف أثناء اداء عمله، والمعلم في مدرسته، والجندي في ساحة معركته والام في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

ثانيا- الصلاة ودورها الوقائي :

يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ الصَّلَاةَ إِذَا صَلُّوا عَلَيْهَا تَتَذَكَّرُونَ﴾ (١). الصلاة تنهى وتمنع المصلي عن العمل الفاحش والتصرف المنكر، فهي وسيلة فعالة من الوسائل الوقائية لمكافحة الاجرام، ان اقيمت بروحها لا بشكلها ومقيمتها وجوهرها لا كعمل اعتاده الناس تقليدا للآباء. يندفعون اليها دون الشعور بمغزى وحقيقة الهدف المقصود منها.

فالصلاة المطلوبة هي تلك الصلاة التي تقوى صلة العبد بالمعبود وتزيد روح الاستقلالية والشعور بالعزة والكرامة كلما كور لسان المصلي ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾. ثم ان الصلاة مدرسة للتصيرين على الطهارة طهارة الجسم، وطهارة اللباس، وطهارة المكان. لان هذه النظافات كلها شروط لصحة الصلاة. فالنظافة القلبية المكتسبة من هذه الطاعة الروحية طاعة فعالة تدفع الانسان الى الخير وتقيه دوما من الشر ودوافعه.

ثالثا- الصيام والوقائية عن الاجرام

الصيام رياضة روحية تهذيبية لسلوك الانسان له تأثير كبير في الوقاية واكتساب المناصية ضد الاجرام. ولهذا العمل الروحي ثلاث مراتب من حيث الاهمية في توليد الطاقة الروحية التي تقوي الانسان من الانحراف نحو السلوك الاجرامي.

للدرجة الاولى:

الامساك عن الطعام والشراب والشهوات وهذا هو الصوم الظاهري الذي يكتفي به اكثر الناس لذا لا نرى له اثرا فعالا في تقويم سلوكهم.

(١) سورة المائدة، ٤٥.

للمرتبة الثانية:

صوم الجوارح والاعضاء الحية في جسم الانسان وهو امساكها عن استخدامها في تنفيذ الاجرام: فصوم الايدي امساكها عن امتدادها نحو التجاوز على حق الغير: وصوم الارجل امساكها عن المشي عليها وراء عمل الشر، وصوم اللسان حفظها عن الكلام المؤذي وعن التطاول على اعراض الناس وصوم العيون غضاها عن عودات الناس، وصوم الأذان سداها عن الاصغاء لكل باطل.

للمرتبة الثالثة:

صوم القلوب: وهو تطهير النفوس عن شوائب الرذيلة كالحقد والحسد والبغض والانانية والتكبر والظفیان..

اثر الصيام في السلوك البشري: في الصوم تعويد على الصبر والصبر قمة الاخلاق، وروح الفضائل في الصوم تعويد على ان يراقب الانسان نفسه بنفسه، وان يحاسب نفسه قبل ان يحاسبه الغير، لان طبيعة الصيام عمل ذاتي لا يطلع عليه غيره. في الصوم وحدة الذات طاهرا وباطنا رسرا وعلنا، في الصوم قهقصر من ظاهرة الازدواجية والتناق لان عبادته تختلف عن بقية العادات في حقيقتها وسريتها.

وايها: الحج وأهميته:

الحج خلافا لما يتصوره كثير من الناس ليس صك الغفران ولا بطاقة لدخول الجنة. والحجاج حين يكونون في ذي محجد (الاحرام) متوجهين الى قبلة واحدة (رمز الوحدة) خاشعين لذات واحد (الله جل جلاله) يتجردون عن صفاتهم الرذيلة من الانانية والانياس، والتعصب الاقليمي او القبلي او للذهبي او الطائفي.

ففي هذا الجو المشحون بالايمان وروح الوحدة يتبادلون الآراء ويناقشون اسباب المشاكل، ويقدمون الحلول.

بهذه الطريقة الروحية الجماعية التضامنية يستطيعون ان يتغلبوا على شرور انفسهم وكيدهم.

خاصة- الزكاة ومكافحة الاجرام

نسب اغلب المفكرين من الفلاسفة ورجال القانون جنوح واخفاف الانسان في المجتمع الى الاسباب الاقتصادية واعتبروا الحاجة والعز والفقر من اهم العوامل التي تدفع المصدم الى اختيار سلوك ملتو.

وقد اهتم الاسلام بحل مشكلة الفقر فوضع لها طرقا كثيرة ومن اروعها تشريع نظام الزكاة التي هي عبارة عن تحديد نسبة مئوية تؤخذ من اموال الاغنياء وتدفع للفقراء والمساكين.

وقد نص على فرضية الزكاة القرآن الكريم في نصوص كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلِيْ اَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾^(١).

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِيْ اَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾^(٢).
وقوله تعالى: ﴿اِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِيْنِ وَالْعَامِلِيْنَ عَلَيْهَا وَالْمَوْلَاةِ قُلُوْبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِيْنَ وَفِي سَبِيْلِ اللّٰهِ وَبَنِي السَّبِيْلِ فَرِيْضَةٌ مِّنَ اللّٰهِ وَاللّٰهُ عَلِيْمٌ حَكِيْمٌ﴾^(٣).

والصدقات هي الزكاة وهي حق الفقراء وواجب على الاغنياء قرره الاسلام، فان لم يزده الاغنياء هذا الواجب باختيارهم تجرهم عليه السلطة بل قد تحاربهم ان اقتضى الامر ذلك كما فعل الخليفة الاول مع اهل الردة. والاموال التي تجب فيها الزكاة حددها الاسلام بما يلي:

- ١- المحصولات الزراعية: ففيها العشر ان سقيت سحبا او دما والا ففيها ٢,٥٪.
- ٢- النقود المعدنية والورقية، والاموال المرصدة للنماء ففيها ٢,٥٪.
- ٣- الخلى والاواني والقطع الذهبية والفضية وكل ما هو مصنوع منها من ادوات الزينة، واموال التجارة، واسهم الشركات.. وفيها ٢,٥٪.
- ٤- رأس مال المصانع والمعامل وارباعها في نهاية كل سنة وفيها ٢,٥٪.
- ٥- السيارات والادوات والالات المستعملة لغرض التجارة والاستثمار على اساس الاقل من قيمتها خلال السنة وفيها ٢/٥٪.
- ٦- ايجار العقارات من الدور السكنية والفنادق وغيرها.. وفيها ٢,٥٪.

(١) سورة الذاريات ١٩.

(٢) سورة المعارج ٢٤، ٢٥.

(٣) التوبة ٦٠.

٧- المواشي (الغنم والمعز والبقر والابل)، اذا حال عليها الحول وكانت سائمة اي ترعى الكلأ، وغير معلوفة ولا عاملة وتؤخذ الزكاة من هذه الاموال بنسب معينة وبشروط معينة في كتب الفقه.

وما يدفع للفقير من حصة الزكاة يمكن ان يفنيه عن اخذها مستقبلا لانه قد يستطيع ان يكتسب بما يأخذه من الزكاة موردا للمعيشة، ويصير قادرا على دفع الزكاة للآخرين في المستقبل.

ويعود سر اعتبار الزكاة وسيلة من وسائل مكافحة الاجرام الى اسباب اهمها ما يلي:

أ- القضاء على مشكلة الفقر والحاجة بصورة تدريجية.

ب- تضييق نطاق التفاوت الطبقي بين الطبقة الغنية والطبقة الفقيرة، فالفقير يصعد والغني ينزل الى ان يلتقيا في مستوى واحد، او يتقاربا.

ج- الوقوف ضد طغيان نفس الغني الذي ينشأ عن شعوره باستغنائته كما صرح بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿كُلُّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ﴾^(١). فالزكاة تزكّي المزكي من هذه الصفة الرذيلة وفقا لقوله تعالى: ﴿غُذِّ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةٌ تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾^(٢).

د- عندما يشعر الفقير بان له نصيبا من مال الغني عليه ان يدفعه له وجوبا والزاما لا صدقة وتفضلا يعتبر نفسه شريكا له فيتمنى له ازدياد المال بدلا من ان يتمنى زواله، ويكن له الحب والود بدلا من ان يحسده ويحقد عليه، ويتعاضد معه بدلا من ان يعتدي على حياته او امواله.

يا حبذا لو كانت في كل بلد اسلامي وزارة او مؤسسة عامة للزكاة تقوم بهذه المهمة والتي لا تقل اهمية عن مهمة وزارة الاوقاف.

(١) سورة العلق ٦.

(٢) سورة التوبة (١٠٣).

الفصل الثاني

الطرق العلاجية

الطرق العلاجية في الاسلام ليست عقابية
فحسب كما هو الشأن في القانون وإنما هي
اصلاحية وعقابية لان الغاية الحقيقية
الرئيسية هي تحقيق اصلاح الجاني واذا
امكن ذلك بغير العقاب فانه يعتبر اولى
والفضل من اللجوء الى العقاب.
ونحاول استعراض نماذج لكلتا الطريقتين
(العلاجية الاصلاحية والعلاجية العقابية)
في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول

الوسائل العلاجية الاصلاحية

من البديهي ان العقاب كالجريمة ضرر يلحق الاذى بافراد المجتمع واختيار الاول لدفع الثاني انما هو استثناء يلجأ اليه للضرورة.

واذا امكن ان يستعاض عنه بأمر آخر فيختار هذا البديل تجنباً عن دفع الضرر بالضرر. وهذا ما اقره الاسلام بعد ان قرر ان الغاية الرئيسة من العقاب انما هي الاصلاح وليست انتقاماً.

ومن الطرق الاصلاحية المقررة في الاسلام: توبة المجرم، وتصاله مع المجني عليه او الورثة، والزامه بريضة نفسية تهذب سلوكه. وهذا ما نروم استعراضه بايجاز فيما يلي:

اولاً- التوبة:

التوبة: تعني الرجوع والعودة وطلب الوقاية، والبعد عن شر ما يخافه الانسان في المستقبل من سينات اعماله.

وعرفها العلماء بانها الرجوع الى الله تعالى بالتزام فعل ما يجب وترك ما يكره. وصورها البعض بانها العلم بضرر الذنب، وتألم القلب، والندم على ما فات، والقصد الى التخلص من الذنب وترك المعصية في الحال والعزم على عدم العودة اليها في المستقبل^(١).

وفي بعض الحالات وظروف معينة يقدر اعتبارها ولي الأمر او من يمثلها (القاضي) اذا تعهد المجرم امام الله وامام المجتمع بعدم الرجوع الى الجريمة، وبالكف النهائي عن الميل الى اختيار اي عمل يلحق الضرر بالغير، وباصلاح نفسه.

فان هذه التوبة تكون ميرة لاسقاط العقوبة واعفاء المجرم منها. وقد قرر القرآن الكريم ذلك في اخطر الجرائم (جرائم الحدود).

(١) ينظر الدكتور احمد الشرباصي: اخلاق القرآن ٥٣/٢.

أ- ففي جريمة الحراقة (قطع الطريق): قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جَزَائِهِمْ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَنْ تَقْرَأَ عَلَيْهِمُ الْكُتُبَ فَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ فَأَنزَلْنَا اللَّهُ غُفُورًا رَّحِيمًا^(١)﴾.

فهذا النص صريح في إسقاط عقوبة الدنيا والآخرة في أخطر الجرائم بالتوبة إذا تمت هذه التوبة باختيار المجرم قبل إلقاء القبض عليه.

ب- وفي جريمة الغذف قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُنَّ عِشْرِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُنَّ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غُفُورٌ رَّحِيمٌ^(٢)﴾.

فهذا النص حرم الغذف قطعاً لالسنه الناس ومنعاً لتطاولها على أعراض الناس وقرر للعقوبات التي يتهم امرأة محصنة (شريفة) أو رجلاً محصناً (شريفًا) بتهمة أخلاقية (جريمة الزنا) ولم يستطع إثباتها بأربعة شهداء ثلاث عقوبات أولها (ثمانون جلدة) عقوبة بدنية لا تسقط بالتوبة لما فيها من الحق العام (حق الله) والحق الخاص (حق المقتول).

أما الثانية (عدم قبول الشهادة) والثالثة (الفسق) فانهما ادبيتان من حقوق الله فتسقطان بالتوبة وإصلاح النفس.

ثانياً- الرياضة الفقهية (الصيام):

الزم الإسلام بعض المذنبين بإصلاح أنفسهم عن طريق الصيام الذي هو عبارة عن رياضة نفسية بالكف عن الأكل والشرب والجنس وغير ذلك مما تشتهي النفس.

فالصيام كما بينا في موضوع الوسائل يهذب الأخلاق ويقوم السلوك، وقد فرضه القرآن على المذنب بدلاً من العقاب في حالات القتل خطأً، والظهار، وهتك حرمة ومطمان المبارك بمباشرة زوجته وهو سائم، وحنت اليمين، وفي بعض الذنوب الأخرى.

أ- ففي القتل خطأً تجب على القاتل كفارة مالية: وهي تحرير إنسان استعبد من

(١) سورة المائدة ٣٢، ٣٤.

(٢) سورة النور ٤، ٥.

استعباده فان لم يجد ذلك كما في عصرنا يجب عليه صيام شهرين متتابعين، هذا بالاضافة الى الدية التي تجب على العاقلة.

وذلك وفقا لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوًّا لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾^(١).

ب- وفي الظهار (وهو تشبيه زوجته بأحدى محارمه كان يقول لها انت علي كأمي او انت علي كظهي أمي): يجب عليه تحرير انسان مستعبد من استعباده فان لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فعليه اطعام ستين مسكينا كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَّخِذَا^(٢) ذَلِكُمْ قُرْهًا عَلَيْهِمَا وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَّخِذَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾^(٣).

ثالثا- العفو والصلح:

امر القرآن الكريم بالعفو لان العفو عند المقدرة فضيلة، ورمز لعلو الهمة، ولان مقابلة السينة بالمسنة ربما تكون اوقع في النفوس واكثر تأثرا لرجوع المسيء الى صوابه، ولاهمية العفو في تعديل التوازن المختل اذا استخدم في مكانه امر به القرآن الكريم وشجع عليه الانسان واعتبه من صفات المحسنين والمتقين، ووعد من يختار ايشار العفو على العقاب بالاجر والثواب من عنده في الدنيا والاخرة في نصوص كثيرة منها.

١- قوله تعالى ﴿وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمُوتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٤).

(١) سورة النساء/٩٢.

(٢) أي قبل ان يتعاشرا جنسيا حيث حرم عليه الى ان يقوم باداء الكفارة المالية او البدنية.

(٣) سورة المجادلة ٣، ٤.

(٤) سورة آل عمران ١٣٣، ١٣٤.

هذا النص جعل كلم الغيظ والعفو عند المقدرة من صفات المحسنين والمتقين الذين يستحقون الجنة لقاء تظليهم بهذه الفضيلة. فالعفو ان كان جيلا وحسنا في حد ذاته فهو اعمل وافضل اذا كان من الاعلى للأدنى، ومن القادر للعاجز، ومن القوي للضعيف ومن الحاكم للمحكوم.

ب- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ وَمَا يُلْقَاها إِلَّا الَّذِينَ صَبَرُوا وَمَا يُلْقَاها إِلَّا ذُو حِظٍّ عَظِيمٍ﴾^(١).

وصف القرآن الكريم في هذا النص درجة دفع السيئة بالحسنة والسماحة التي تستعلي دفعات الغيظ والغضب بانها فضيلة لا ينالها الانسان العادي لانها قبة الهمم العالية.

وانما يستحق حياة هذه الدرجة شخص ذو حظ عظيم في الايمان بربه، وفي فهم الحياة فهما صحيحا، وفي التوازن الذي يعرف متى تكون السماحة ومتى يكون الدفع بالمعنى.

ج- قوله تعالى ﴿وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾^(٢).

في هذا النص الكريم امر الله سبحانه وتعالى نبيه محمد (ﷺ)، ان يتبع في حكمه وقضاه ومعاملته مع المسنين اسلوب العفو والمغفرة اذا رأى في ذلك دافعا الى اصلاحهم لان مهمة الحكم هي اصلاح لا الانتقام.

فاسلوب اللينة والتسامح كان من الصفات البارزة التي تحلى بها الرسول العظيم محمد (ﷺ). وبعد عون الله تعالى كان اتباعه لهذه الطريقة الحكيمة من أهم أسباب نجاحه في اداء مهمة الرسالة وكسب النصر على اعدائه في الداخل والخارج، كما نطق بذلك قوله تعالى ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لَبِتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ ظَلَمًا غَلِيظًا لَّنَفَضُوا مِنَ حَوْلكَ فَأَعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾^(٣).

وما أعظم هذا المنهاج الرائع الحكيم للاستعانة به في اصلاح ومكافحة الاجرام.

(١) سورة فصلت ٣٤، ٣٥.

(٢) سورة آل عمران ١٥٩.

(٣) سورة آل عمران ١٥٩.

المبحث الثاني الطرق العلاجية العقابية

الاسلام لم يهمل العلاج العقابي بل امر به مع المحاولات الوقائية والاصلاحية في اصلاح
المسئين ومكافحة جرائم المجرمين.

والقرآن الكريم وان كان هو الدستور الاول في العالم اقر قاعدة ((لا جريمة ولا عقوبة الا
بناء على نص او قانون))^(١) في قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبَيِّنَ رِسَالًا﴾^(٢). الا ان
وظيفة الدستور هي وضع المنهج العام المبني على الاسس والقواعد العامة دين الدخول في
التفصيلات والجزئيات. وبناء على ذلك اتبع في تجريم الافعال وتحديد العقاب لها الاسلوب
الاتي:

١- قسم الجرائم الى قسمين رئيسين^(٣): (جرائم الحدود وجرائم التعازير):

بفحص على تجريم بعض الافعال وحدد عقوباتها لمخاطبتها ومساها المباشر لحياة الفرد
والمجتمع كجريمة القتل، والسرقه، وقطع الطريق، والردة، والزنى، وتعاطي المسكرات.
وسميت هذه الافعال في عرف فقهاء المسلمين بجرائم الحدود لتحديد التجريم والعقاب
فيها بالنص.

غير ان جريمة القتل والاعتداء على سلامة حياة الانسان افردت بتسمية خاصة (جريمة
القصاص والدية) لان عقابها قابل للتعديل فللجنى عليه او ورثه حق العفو،
والعدول الى الترميض، (الدية)، او المطالبة بتنفيذ القصاص. كما صرح بذلك القرآن
الكريم ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(٤).

اما جرائم التعازير فهي التي لم تحد بالنص ولا من قبل اهل الشورى وهي عبارة
عن الانواع الثلاثة التالية:

(١) ينظر فقرة (ب) م ٢١ من الدستور العراقي المؤقت.

(٢) سورة الاسراء ١٥.

(٣) وهي تفصيلا ثلاثة اقسام: جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير.

(٤) سورة الاسراء ٣٣.

- ١- كل جريمة من جرائم الحدود تخلف شرط من شروط ثبوتها او تنفيذ عقوبتها تتحول الى جريمة تعزيرية لا تطبق عقوبتها المحددة، وانما يترك ذلك لتقدير ولي الامر، كجريمة الزنى اذا لم تثبت باربعة شهود، او باقرار المجرم.
- ٢- كل جريمة نص عليها القرآن الكريم ولكن ترك عقوبتها لسولي الامر واحل المحل والعقد، كجريمة التجسس، وخيانة الامانة، واكل الربا، والغصب، وشهادة الزور، والرشوة.
- ٣- كل فعل يضر بالمصلحة العامة حسب الموازين الشرعية يجوز لسولي الامر للمسلم ان يعتبره جريمة يمد له عقوبة بعد مشاورة اهل العلم والشورى.

ب- العقوبات المقررة بالنص لاصلاح المجرم ومكافحة الاجرام هي: الاعدام، والقطع، والجلد، والنفي، واخرمان من المهاد، والكفارة المالية (الغرامة المالية) والدية كما في الايضاح الاتي:

أولاً: الاعدام:

لم يرد في القرآن الكريم ولا في سنة الرسول (ﷺ) نص على اللجوء الى هذا العقاب الا بالنسبة لثلاث جرائم فقط وهي:

- ١- جريمة القتل العمد العمدان اذا لم يتنازل ورثة المجرى عليه عن عقوبة القصاص.
- ٢- جريمة الردة: اذا ارتد المسلم او المسلمة عن دين الاسلام ولم يرجع اليه بعد استتابته واستمر على عداو الاسلام بالعمل او القلم او اللسان يقتل لقول الرسول (ﷺ) (من بدل دينه فاقتلوه).
- ٣- جريمة الزنى: من امرأة متزوجة او من رجل متزوج بعد ثبوت الجريمة باربعة شهود او باقرار المجرم بارادته واختياره والسبب الثاني والثالث لا يوجدان في القرآن وانما ثبتا بفعل الرسول وقضائه ونرى ان قضاء بالرجم نسخ بآية (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً^(١)).

(١) سورة النور . ٢.

وكذلك لا يوجد قتل المرتد بمجرد ارتداده لقوله تعالى ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ قَتَلْنَاهُ﴾ (١) وهو كافر فأولئك حَبِطَتْ أَعْصَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ (٢).

وقد أكد ذلك الرسول (ﷺ) في قوله (لا يمل دم امرئ مسلم يشهد لا إله إلا الله، وإنسى رسول الله إلا بأحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة) (٣) (٤).

ثانياً - القطع:

أقر القرآن الكريم قطع اليد فقط في السرقة الصغرى، وقطع اليد مع الرجل في السرقة الكبرى.

أ- السرقة الصغرى: إذا ارتكب بالغ عاقل غير مضطر جريمة السرقة ولم يستخدم القوة حين الارتكاب وتوافرت جميع شروطها وأركانها المبينة مفصلاً في كتب الفقه الاسلامي: يحكم عليه بعقوبة قطع يده وينفذ القطع القادر عليه العارف به من أهل الاختصاص الطبي حتى لا تحدث للمجنى عليه مضاعفات مؤذية به مثل نزيف الدم. وذلك تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (٥).

ب- السرقة الكبرى: وهي سرقة مقترنة بالتهديد والتخويف واستخدام القوة في حلف لا يستطيع المجنى عليه فيه أن يتصل بمن ينقذه وتسمى هذه السرقة بـ (قطع الطريق) حيث يعتبر ذلك طرفاً مشدداً للعقوبة فإذا ثبتت هذه الجريمة وظروفها للشدة، وتحققت أركانها وشروطها يحكم على المجرم بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى، وينفذ العقاب بعد تصديق الحكم من رئيس الدولة واتخاذ مستلزمات منع النزيف وحدث المضاعفات.

وذلك وفقاً لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ

(١) سورة البقرة ٢١٧.

(٢) سبل السلام شرح بلوغ المرام في جمع أدلة الأحكام للمعتمد ابن حجر العسقلاني تأليف الإمام محمد بن اسماعيل الصنعاني ٣/٣٣١.

(٣) وقد ألفنا كتابين أحدهما (لا رجم في القرآن) والثاني (لا قتل للمرتد غير المفسد في القرآن).

(٤) سورة المائدة ٣٨.

فَسَاءَ أَنْ يُقْتُلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ^(١).
وجدير بالذكر أن هذه العقوبة لم تطبق في الإسلام إلا مرة واحدة.

ثالثاً - الجلد :

لقد القرآن الكريم عقوبة الجلد للجرائم الآتية:

أ- جريمة الزنا من رجل غير متزوج ومن امرأة غير متزوجة إذا ثبتت الجريمة بأربعة شهود أو بالقرار المجرم. وذلك طبقاً لقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْسَ لَهُمَا عَذَابٌ غَافِلٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ^(٢)﴾.

وقد أجبنا في كتابنا (لا رجم في القرآن) أن العقوبة مائة جلدة فقط سواء كان الزاني والزانية متزوجين أو غير متزوجين.

جريمة القذف: كل إنسان بالغ عاقل عتار اتهم امرأة محصنة (شريفة) أو رجلاً محصناً (شريفاً) بالزنا ولم يستطع أن يثبت ذلك بأربعة شهود أو بالقرار المجرم يعاقب بشمانين جلدة كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ^(٣) ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَلَئِنَّكَ لَهُمُ الْفَاسِقُونَ^(٤)﴾.

ج- جريمة تعاطي المسكرات: كل إنسان بالغ عاقل عتار إذا تعاطى نوعاً من أنواع المسكرات أياً كان نوعه ومصدره سواء أكان سرا أم علناً، وثبت ذلك بالبينة أو القرار المجرم يجب أن يعاقب بشمانين جلدة، ولذا للسنة النبوية وعملاً بإجماع الفقهاء المسلمين.

(١) سورة المائدة ٣٣.

(٢) سورة النور ٢.

(٣) أي والمحصنين

(٤) سورة النور ٤.

رابعاً: النفي ثبتت عقوبة النفي بالنص في حالتين:

أ- في حالة قطع الطريق اذا القي القبض على قاطع الطريق وهو لم يقتل احدا ولم يأخذ مال احد وانما قام بمجرد عملية التخويف يكون عقابه النفي فقط كما نص على ذلك قوله تعالى ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾^(١) فقد فسر بعض الفقهاء النفي بالحبس.

ب- في حالة الزنا بعد تنفيذ العقاب (مائة جلدة) على ولي الامر ان يغرب الزاني والزانية لمدة عام واحد إذا رأى في ذلك مصلحة ولم يترتب عليه فساد بناء على ما قضى به الرسول (ﷺ) حين اتاه رجل من الاعراب قال يا رسول الله: (ان ابني كان عسيفاً)^(٢) على هذا^(٣) فزني بأمراته وانني اخبرت ان على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة^(٤) فسألت اهل العلم فاخبروني انما على ابني جلد مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله (ﷺ):

والذي نفسي بيده لا قضى بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم، رد عليكم وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام^(٥).

وقال بعض الفقهاء كالإمام مالك (رحمه الله) النفي يكون للزاني فقط دون الزانية ذلك حذوا من الفتنة والفساد^(٦).

وقال الحنفية النفي عقوبة تعزيرية وليس جزاء من العقوبة الهدية يترك الامر لتقدير ولي الامر^(٧).

(١) سورة المائدة ٣٣، ٣٤، وهذا جزء من الايتين الواردتين بصدد بيان عقوبات قطاع الطرق.

(٢) أي أجيراً.

(٣) إشارة الى المستأجر.

(٤) أي جاريته.

(٥) العدة للامامة محمد بن اسماعيل الامير الصنعاني على احكام المحاكم شرح عمدة الاحكام، للعلامة

ابن دقيق العيد المطبعة السلفية ١/٤، ٣٤٠، ٣٤١.

(٦) ينظر الشرح الصغير للرددير مع الصاوي ٢/٣٩٣.

(٧) شرح فتح القدير ٥/٢٤٢.

خامسا- الحرمان من الميراث:

إذا قتل الوارث موروثه يحرّم من الميراث كعقوبة تبيعية وذلك لأن المجرم لا يحرز أن ينتفع بهرمته، ولأن فيه سد الباب بوجه ذوي النفوس المريضة من اللجوء إلى ارتكاب هذه الجريمة طمعا في الحصول على التركة إذ من علم مقدما أن القتل مانع من الميراث وأنه يحرّم منه لا يقدم عليه ما لم تكن هناك اسباب أخرى.

وهذا الحكم ثابت بقول الرسول (ﷺ) (لا يرث القاتل).

سادسا: الكفارة:

ما يغطي به الالم من مال أو صيام أي عقوبة مالية أوبدينية فرضها الاسلام على الانسان البالغ العاقل عند ارتكاب بعض الذنوب منها:

أ-القتل خطأ: قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾^(١) ففي هذا النص قرر القرآن الكريم عقوبة مالية بالاضافة الى الدية- هي شراء انسان مستعبد ان وجد ثم تحريره من العبودية - فهذه طريقة من منات الطرق التي شرعها الاسلام للقضاء على نظام الرق.

ب- الظهار: من ظاهر زوجته يجب عليه ايضا تحرير مستعبد فان لم يجد فصيام شهرين وان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا يقول سبحانه وتعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا ذَلِكَُمْ تَوْعظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِاطْعَامَ سِتِينَ مَسْكِينًا﴾^(٢).

ج- الحنث في اليمين: من التزم باليمين ثم خالف قبح عليه كفارة حددها القرآن باطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، أو تحرير رقبة أو صيام ثلاثة أيام في قوله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِالْفُحْشِ فِي آيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ

(١) سورة النساء ٩٢.

(٢) سورة المائدة ٣، ٤.

يَجْزِي صِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ إِيمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ^(١) فهو يحصر بين واحد من الثلاثة الاول فان لم يتمكن من ذلك فعليه صيام ثلاثة ايام.

سابعاً: الدية:

وهي عبارة عن مال يؤدي الى المجنى عليه او ورثته بسبب جناية من اتلف انساناً او جزءاً منه مباشرة او تسبباً^(٢).

وتجب الدية على عائلة القاتل (عشرته او النقابة او المؤسسة التي ينتمي اليها) اذا كان القتل خطأ ولم يثبت باقراره والا قُبِىَ في ماله.

طبيعة الدية: الدية ذات طبيعة ازدواجية فيها صفات ومميزات كل من العقاب والتعويض:

أ- لها صفات العقوبة من الأوجه الآتية:

١- لا يتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه.

٢- عند التنازل عنها تحمل عليها عقوبة تعزيرية.

٣- مقدرة من قبل الشارع.

٤- لا يختلف مقدارها باختلاف الاشخاص.

ب- لها ميزات التعويض من النواحي التالية:

١- مال خالص للمجنى عليه او ورثته.

٢- يجوز للمجنى عليه او ورثته التنازل عنها.

٣- ورد النص على رفع الائم عن الخطأ.

٤- لو كانت عقوبة لما وجبت على العائلة لقوله تعالى ﴿وَلَا تَجِدُ أَوْدَةً بِأَلْفٍ وَلَا تَجِدُ أَزْوَاجَ يُؤْذَرُ أُخْرَى^(٣)﴾.

إذا الدية يصح ان يقال في حقها انها عقوبة وتعويض في وقت واحد.

رب زهدني علماً والحقني بالصالحين

(١) سورة المائدة ٨٩.

(٢) انظر كشف القناع على متن الاقتناع ٢/٤.

(٣) سورة الفاطر، ١٨.

تفنيد مزاعم تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الغربي

لحاول في استعراض هذا الموضوع تفنيد المزاعم الذاهبة إلى
تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الغربي وقواعده
وبوجه خاص القانون الروماني.

زعم المستشرقون^(١) وبعض رجال القانون في العالم العربي والإسلامي أن الفقه الإسلامي تأثر بالفقه الغربي وبوجه خاص القانون الروماني، فأخذ منه كثيراً من الآراء وبوجه خاص القواعد الفقهية التي أخذت على حد زعمهم من مُدونة (جُستنيان)،^(٢) وهذه التهمة لا أساس لها بل هي من نسج الزعم الساقط لهؤلاء للدلالة الآتية:^(٣)

أولاً/ لم يكن بين فقهاء الشريعة الإسلامية حين تأسيسهم لمذاهبهم وتدوينها من يعرف اللغة الفرنسية أو الألمانية أو الإنجليزية أو الرومانية، حتى يتأثر في آرائه بآراء فقهاء

^١ منهم جولد تسيهر (١٨٥٠-١٩٢١م) وهو مستشرق مجري تعلم في بودابست وبرلين ولينزج وذهب إلى سوريا ١٨٧٣م، ثم إلى فلسطين ومصر ولازم بعض علماء الأزهر، وله مؤلفات في الفقه الإسلامي بلغات مختلفة، وهو القائل إن الفقه الإسلامي مقتبس من القانون الروماني، كما جاء في (الزركلي الإعلام ٨٠/١)، ولأجل أن يوثق زعمه هذا، أخذ يستعرض أوجه الشبه بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني، وهو يجهل أو يتجاهل أن هذا الشبه ناتج عن الشبه بين العقل من حيث الإنتاج العلمي.

^٢ الامبراطور جستنيان الأول (فلانوس يقوس ساباتيوس يوستيانوس) (٤٨٣-٤٦٥) كان إمبراطوراً رومانياً شرقياً (بيزنطياً) حكم منذ أغسطس عام ٥٢٧ حتى وفاته في نوفمبر ٥٦٥. يشتهر بإصلاحه الرمز القانوني المسمى قانون جستنيان خلال لجنة تريبولتيان، والتوسع العسكري للأرض الإمبراطورية أثناء عهده، وزواجه وشراكمته مع الإمبراطورة ثيودورا. يعرف أيضاً باسم "الإمبراطور الروماني الأخير". يعتبر قديساً في الكنيسة الأرثوذكسية، ويحيى في الرابع عشر من نوفمبر. وقد تولي الحكم بعد وفاة عمه الامبراطور جست الأول.

قانون جستنيان الأول، هو عبارة عن مجموعة من القوانين التي كانت تتبعها العديد من الأمم المختلفة والتي أمر الإمبراطور البيزنطي جستنيان الأول (٥٢٧م حتى عام ٥٦٥م) بعض من رجال الدين المسيحي في مملكته بانتقاء مجموعة من القوانين الرومانية. وعرفت هذه المجموعة باسم كورس جوريس سيفيلز، وتعني مجموعة القوانين المدنية كما أطلق عليها أيضاً قانون جستنيان.

المصدر: (مدونة جستنيان) ويكيبيديا- الموسوعة الحرة- الأنترنت.

^٣ لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع يراجع كتاب أصالة الفقه الإسلامي، دراسة في العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين القديمة وأصالة المبادئ والنظم في الفقه الإسلامي، تأليف: الأستاذ الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، نشر دار الكتب العلمية، ص ١٢٧ وما يليها.

القانون الغربي، بل كان فقهاء الشريعة الإسلامية بمعزل عن العالم الخارجي، بل حتى بالنسبة إلى بلادهم، فكان لكل واحد منهم مدرسة خاصة يتولى التدريس والإفتاء فيها ويقوم بالتفكير والتحليل والتعليل والإنتاج الفقهي وهو بمعزل عن العالم الداخلي والخارجي، مستلهما فقهه وآراءه من القرآن الكريم والسنة النبوية وآراء سلفه من الخلفاء الراشدين وسائر الصحابة والتابعين وضوان الله تعالى عليهم أجمعين. فانياً/ ويعكس التهم المذكورة كان هناك مجال واسع لتأثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامي، ومرد هذا المجال إلى وصول الفقه الإسلامي إلى العالم الغربي بعد تدوينه واستقراره، وذلك عن طريق مدخلين:

المدخل الأول: الفتح الإسلامي للأندلس؛

حيث دخل الإسلام الأندلس (إسبانيا حالياً) بعد شمال إفريقيا عام (٧١١م) للموافق لعام (٩٣هـ)، ثم دخل جنوب فرنسا ووصل إلى بلاد (ليون)، و(نورد)، و(بواتيا)، و(فينيون)، وظل الحكم الإسلامي في أندلس إلى سقوط غرناطة عام (١٤٩٢م) الموافق لعام (٩٧٧هـ)، وبذلك استمر التشريع الإسلامي في أوروبا معمولاً به أكثر من (٧٠٠) سنة.^(١) وكان الفقه المعمول به في الأندلس فقه الإمام الأوزاعي، ثم حلَّ محله الفقه المالكي عن طريق زياد بن عبد الرحمن في عهد هشام بن عبد الرحمن عام (١٧١هـ)، فانتشر هذا المذهب هناك وظل معمولاً به طيلة الحكم الإسلامي في أندلس. ويرى الباحثون في المقارنة بين القانون المدني الفرنسي المصروف بقانون (كودنابليون) الصادر عام (١٨٠٤م) وبين فقه الإمام مالك، وثبت لهم بالأدلة الواقعية والمقارنة، أن الأول تأثر بالثاني أكثر من ٤٠٪.^(٢)

^١ ينظر المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية ومذهب الإمام مالك، للأستاذ عبدالله علي حسن ٢٩/١ وما يليها.

^٢ يقول صاحب المقارنات التشريعية ٢٨/١ أن القانون المدني الفرنسي مأخوذ جُلّه من مذهب الإمام مالك.

المدخل الثاني: قيام الصلة والعلاقات بين الدولة الإسلامية العثمانية وبعض الدول الأوروبية:

وقد قامت هذه العلاقات بعد تأسيس الدولة العثمانية ودخول السلطان محمد الفاتح الأستانة عام (١٤٥٣م) وبعد أن توسعت فتوحات هذه الدولة توسعا كبيرا وأصبحت مهيمنة على أقطار شاسعة في آسيا وشمال أفريقيا وأوروبا، تأثرت التشريعات اللاتينية والمجرمانية بفقه أبي حنيفة (رحمه الله) الذي كان مذهباً رسمياً للدولة العثمانية.^(١) ومن نماذج تأثير القوانين الغربية بالفقه الإسلامي ما يلي:

أولاً/ تأثير القانون الفرنسي بالفقه المالكي :

أ- العقد الرضائي وأحكامه: العقد الرضائي هو الذي يتعقد بمجرد الإيجاب والقبول الصادرين من هم أهل للتعاقد دون الرعاية الشكلية التي كانت سائدة في القانون الروماني وتأثر بها القانون الفرنسي أولاً ثم القوانين العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي. وعلى سبيل المثال قد تناولت المواد (١١٠٨-١١٢٢) في القانون المدني الفرنسي في الباب الرابع تحت عنوان (شروط صحة العقد وأحكام العقد الرضائي)، في هذا القانون كما هي في الفقه المالكي.

ب- أحكام العارية: التي عالجها القانون المدني الفرنسي متأثراً بالفقه المالكي في المواد (١٨٧٥-١٨٩٤).

ج- تأثير القانون الفرنسي بالفقه المالكي في كثير من أحكام البيع^(٢) وعناصره التي تناولها القانون الفرنسي في المواد (١٥٨٢-١٧٠٧).

د- بيع الوفاء: وهو بيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه للمبيع.^(٣) وهو في حكم بيع الجائز والنافذ غير اللازم من حيث انتفاع المشتري به، وفي حكم

^١ ينظر الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها ومستقبلها، للأستاذ الدكتور صبحي الحمصاني ص ١٨٥ وما يليها.

^٢ وهناك أحكام كثيرة أخرى التي تأثر فيها القانون الفرنسي بالفقه المالكي لا مجال لاستعراضها.

^٣ مجلة الأحكام العدلية ١١٨/٣ وقد نصت المادة (٥٦١) من كتاب مرشد الحواري على أن (بيع الوفاء هو أن يبيع شيئاً بكفاً أو يدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أدى الدين الذي عليه، يرد له العين المباعة وفاء).

البيع الفاسد من حيث كون كل من العاقدین مقتدرًا على فسخه، وفي حكم الرهن من حيث أن المشتري لا يقدر على بيعه للغير.^(١)
 وخلاصة الكلام أنه يُمكن تكيف بيع الوفاء بالعقود المذكورة، ومن البديهي أن هذا العقد من ابداع الفقهاء الحنفية في ما وراء النهر قبل القانون الفرنسي النافذ القائم المعدل، لأن هذا القانون تأسس عام (١٨٠٤م) وقد أخذ بهذا القانون وعالجه في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان (الغو البيع وفسخه) وقد تناوله هذا القانون في المواد (١٦٥٩-١٦٧٣).

هـ- حقوق الارتفاق (أو الحقوق القصرية): وهو حق المرور^(٢) وحق الشرب^(٣) وحق المسيل^(٤) وغيرها من حقوق الارتفاق. وقد أخذ بهذه الحقوق القانون المدني الفرنسي من الفقه الإسلامي وعالجها تحت عنوان (الحقوق القصرية الأرضية) في الكتاب الرابع في المواد (٦٢٧-٧١٠) وقد نصت المادة (٦٢٧) من القانون المدني الفرنسي على أن (الحقوق القصرية هي ترتب حق أرض على أخرى بدون أن يكون للمالك واحدا لقصد الإنتفاع بالأرض الأخرى المذكورة). وفي المقارنات التشريعية^(٥) تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، الحقوق القصرية الأرضية هي ترتب حق لأرض على أخرى بدون أن يكون للمالك واحداً لقصد الإنتفاع بالأرض الأخرى المذكورة. منشأ استحقاق هذه الحقوق القصرية إما أن تكون مسبباً عن موقع الأرض الطبيعي والحاجة الطبيعية إلى ذلك الحق، أو بقرينة القوانين لتلك الحقوق، أو باتفاق بين أصحاب الملك بعضهم مع بعض. تُجبر الأراضي الواطية على قبول صرف مياه الأراضي العالية الجارية بنفسها بدون فعل فاعل ولا يجوز في حال من الأحوال للمالك الأراضي الواطية أن يعمل سداً أو جسراً يحجز به تسريب هذه المياه ويمنع مرورها بأرضه، كما لا يجوز للمالك الأراضي العالية أن لا يتوقى ما يعود بالمضرة على الأراضي الواطية.^(٦)

^(١) وهو حق المشي في ملك الغير (١٤٢م) مجلة الأحكام العدلية.

^(٢) وهو نصيب معين معلوم من النهر (١٤٣م) المرجع السابق.

^(٣) وهو حق جريان الماء والمسيل من دار إلى الخارج (١٤٤م) المرجع السابق.

^(٤) للأستاذ مخلوف محمد البلوي ١٨١/١.

^(٥) ينظر الأستاذ مخلوف محمد البلوي، تعريب القانون الفرنسي المدني ١٤٢/١ ومايليها.

وجدير بالذكر أن الأرقام التي ذكرناها بالنسبة للقانون الفرنسي قد تغيرت في الوقت الحاضر بعد اجراء تعديلات متعددة على هذا القانون، ولكن لعدم تمكننا من الحصول على الأرقام المعدلة اكتفينا باستعراض الأرقام القديمة السابقة، لأن الذي يهمنا في هذا المقام هو بيان تأثير القانون الفرنسي بالفقه الإسلامي. وأما الشكليات فهي رغم أهميتها لا تؤثر في هذا المقام بالنسبة لتأثير المذكور.

ثانياً/ تأثير القانون الألماني بالفقه الإسلامي:

ومن نماذج تأثير القانون الألماني بالفقه الإسلامي عن طريق الخلافة العثمانية تحول العقد الذي عالجـه القانون المدني الألماني في المادة (١٤٤). ومفاد تحول العقد هو أنه إذا كان العقد باطلا وتوفرت فيه أركان وعناصر عقد آخر لو تصرف آخر، تحول إليه ويعتد بهذا التصرف المتحول إليه، كما نص على ذلك القانون المدني المصري النافذ في المادة (١٤٠) التي نصت على أنه إذا كان العقد باطلا أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد، وهذا النص يقرر في عبارة عامة نظرية تحول العقد. وقال المحرم العلامة السنهوري^(١) أن نظرية تحول العقد هي نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، وأخذ بها التقنين المدني الألماني في نص صريح هو المادة (١٤٤) وعلى نهج التقنين المدني الألماني سار التقنين المصري الجديد. وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوي رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً لا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني، ولكنه أنتج أثراً عرضياً.

١ القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي ٢٠٠١. مصادر الحق ١٠٠/٤.

وفي الفقه الإسلامي توجد تطبيقات كثيرة لتحول العقد التي كانت موجودة قبل القانون الألماني منات السنن، ومن تلك التطبيقات ما يلي:

١- من الوصى لشخص لا توجد بينه وبين هذا الشخص علاقة القرابة أو الزوجية اللتان هما من أسباب للمراث، بأن يكون وراثاً له كأحد وراثته الشرعيين، تبطل هذه الوصية وتنصرف إلى الوصية المطلقة ويعطى للموصى له نصيب أحد الورثة الأقل نصيباً بالنسبة للبقية، كوصية لا كسجاث. وعلى سبيل المثال من مات عن أم وابن والموصى له بالمراث، يكون للأم السدس وللوصى له السدس وللإبن الباقي.

٢- الكفالة وهي ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة الشيء، أي بأن يضم أحد ذمته إلى ذمة آخر ويلتزم أيضاً بالمطالبة التي لزمتم في حق ذلك، إذا اشترط فيها أن يكون الكفيل ضامناً للمدين الأصلي رغم امكانية المدين واستعداده للوفاء بالمدين، بطلت باعتبارها كفالة وتحولت إلى الحوالة.

٣- الحوالة إذا اشترط فيها عدم براءة ذمة المحيل عن الدين، بأن يكون للمحال الرجوع على المدين المحيل على المحال عليه في وقت واحد إذا امتنع المحال عليه عن الوفاء بالمدين أو عجز عن الوفاء. تبطل الحوالة وتتحول إلى الكفالة.

٤- الوكالة بعد الموت وصاية، والوصاية في الحياة وكالة، فلو قال أحد لآخر أوصيتك اليوم على بيع سيارتي بكذا، كان وكيلًا، ولو قال له أنت وكيلي بعد موتي، كان وصياً.

٥- البيع بنفي الثمن يكون هبة، والإجارة بنفي الأجرة عارسة، والعارسة بشرط الأجرة إجارة.

وهكذا هناك منات التطبيقات الموجودة في الفقه الإسلامي، وكانت تُطبق قبل القانون الألماني منات السنن.

ثالثاً/ تأثر القانون الإنكليزي بالفقه الإسلامي:

لقد تأثر هذا القانون بالفقه الإسلامي في موضوع نظرية الظروف الطارئة حيث لم يعرفها القوانين الغربية والعربية إلا عن طريق الفقه الإسلامي.

وجدير بالذكر أن الصلة وثيقة بين الضرورة ونظرية الظروف الطارئة التي عاجتها الشريعة الإسلامية وتأثرت بها القوانين الغربية والعربية، غير أنه تلك القوانين اشترطت أن يكون الظرف الطارئ عاماً كالحرب والكوارث الطبيعية، لكن الفقه الإسلامي لا يشترط هذا الشرط، بل يعمد تطبيق النظرية ولو كان الظرف الطارئ خاصاً بطرف واحد، وأن الظرف الطارئ الخاص بالمدين لا يبرر في القانون فسخ العقد أو تعديل الالتزام المرحق.

معنى نظرية الظروف الطارئة هو حوادث مادية غير متوقعة وغير قابلة للدفع قبل وقوعها، بحيث تجعل تنفيذ إلتزام المدين الناتج من عقد مستمر التنفيذ مرهقاً ويبرر للقاضي التدخل بعد طلب المدين لتعديل التزامه مرهق التنفيذ إلى حد المعقول يرفع الإرهاق إما بتقليل موضوع الإلتزام كماً (مقداراً) أو كيفاً (نوعاً) أو بزيادة نفقات كلفة موضوع الإلتزام.

عناصر نظرية الظروف الطارئة:

عنصر كل شيء ما يتوقف عليه وجوده، فإن كان جزء منه يكون ركناً، وإلا فيكون شرطاً، وعناصرها كما يفهم من تعريفها هي الآتية:

أولاً: أن يكون سبب الإلتزام عقداً، وكل عقد بعد صحته ونفاذه ولزومه لا يحق لأي من طرفيه فسخه بخلاف الفاسد أو الموقوف (غير النافذ) أو غير اللازم، أو القابل للإبطال (وهو مصطلح الفقه الغربي ويشمل الثلاثة المذكورة في الفقه الإسلامي)، فالفاسد للقاضي فسخه والموقوف لمن له حق الإجازة رفضه وغير اللازم بالنسبة للطرفين كعقد الوكالة لكل طرف حق فسخها إذا لم يتعلق بها حق للغير. وغير اللازم بالنسبة لأحد الطرفين كعقد الرهن للدائن لمرتتهن فسخه بخلاف للمدين الرهن، لأنه لازم بالنسبة له، وكعقد الكفالة للمكفول له فسخه دون الكفيل، وكإبطال العقد في العقد القابل للإبطال لمن تفررت قابلية الإبطال لمصلحته، كما يحق للقاضي تعديل عقد الإذعان إذا كانت الشروط فوق الإعتياد، وكذلك له فسخ الشرط الجزائي.

ثانياً: يكون عقداً مستمر التنفيذ بأن يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تكوينه كعقد التوريد والإجارة والمقابلة ونحو ذلك، بخلاف العقد فوري التنفيذ كالبيع ولو كان تنفيذه مؤجلاً.

قالتا: أن لا يكون الطرف متوقعا كطرف الحرب والكوارث الطبيعية كالزلازل والبركان والفيضان والحريق وهو ذلك، فإذا كان متوقعا لا يكون عللاً لتطبيقها.

ولهما: أن يكون الطرف عاما، وإذا كان خاصا كإفلاس المدين وعدم تمكنه من تنفيذ التزامه، يكون عللاً لتطبيق النظرية في الفقه الإسلامي، بخلاف القانون والفقه الغربي، فإن الطرف يشترط أن يكون عاما كطرف الحرب.

خاصا: أن لا يجعل الطرف تنفيذ الإلتزام مستحيلا كقوة القاهرة، وإلا فينفسخ العقد تلقائيا بحكم القانون، كما في حالة هلاك محل العقد قبل التنفيذ بقوة القاهرة.

أثر النظرية هو تعديل إلتزام المدين المرهق إما بتقيص موضوعه كماً وكيفاً أو زيادة مبلغ الكلفة.

أساس النظرية هو الضرورة، الضرورة هي حالة استثنائية تدفع المضطر إلى ارتكاب عطفور لدفع خطرهما.

ولا يختلف القانون مع الشريعة الإسلامية في أن الصلة وثيقة بين الضرورة ونظرية الظروف الطارئة، إلا أنه كما ذكرنا سابقا يختلف معها في اشتراط كون الطرف الطارئ عاما، وأن الطرف الطارئ الخاص بالمدين لا يبرر لا فسخ العقد ولا تعديل الإلتزام المرهق. ومن الواضح أن شرط عمومية الحادث الإستثنائي يخالف مبدأ العدالة الذي قامت عليه النظرية، كما أن القوانين الوضعية اختلفت في أثر النظرية من فسخ العقد أو تعديل الإلتزام الناشئ عنه.

وقد تأثر القانون الإنكليزي بهذه النظرية عن طريق الصلة بين الدولة العثمانية والدول الأوروبية.

فلسفة النظرية:

ومن الواضح أن فلسفة كل شئ عبارة عن أهدافه وغاياته، وفلسفة نظرية الظروف الطارئة عبارة عن تحقيق العدالة، وقد أخذ القضاء الإنكليزي بمبدأ العدالة الذي طبقه على حالات قريبة من الحالات التي تطبق فيها نظرية الظروف الطارئة كالآتي:

- أ- إذا كان الشيء المتعاقد عليه قد تلف بعد إبرام العقد.
- ب- إذا ثبت أن الطرفين قد تعاقدوا بقصد الحفاظ على الشيء. كما بدا لهما حين إبرام العقد ثم زالت هذه الحالة.

ج- إذا تأخر التنفيذ بسبب لم يكن متوقعا حين إبرام العقد أو طال أمد التأخير بحيث أدى إلى تبدل طبيعة التنفيذ تبديلا تاما.^(١)

ومن القوانين التي تضمنت تنظيم أحكام النظرية بنصوص خاصة، القانون البولوني (٢٦٩م) والإيطالي (٤٦٧م) واليوناني (٣٨٨م) والمصري (٣٤٧م) والسوري (٣٤٨م) والعراقي (١٤٦م) والليبي (١٤٧م) والكويتي (١٤٦م) والأردني (٢٠٥م) واليمني (٢١٤م).

والشريعة الإسلامية بنت تصرفات الإنسان في حالات الضرورة على أسس ومبادئ ثابتة في نصوص القرآن والسنة النبوية، وهي لا تختلف باختلاف الأشخاص ولا تتغير بتغير الزمان والمكان، ومن هذه الأسس:

١- (لا ضرر ولا ضرار) أي لا يجوز إلحاق أي ضرر مادي أو معنوي، مالى أو جسي بالغير بدون حق، و(لا ضرار) أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر في المسائل المدنية، بخلاف جرائم القصاص، فإنها تجوز فيها المقابلة بالمثل كما جاء في القرآن الكريم ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾^(٢).

٢- (الضرر يزال).

٣- (الضرورات تبيح المحظورات).

٤- (الإضرار لا يبطل حق الفسخ).

٥- (الضرر يدفع بقدر الإمكان).

٦- (الضرورات تقدر بقدرها).

٧- (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف).

٨- (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا لإرتكاب أخفها).

ومن الواضح أن سبب الالتزام إذا زال يزول الالتزام نفسه، فمعتد لا يبقى مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

١ الدكتور عبدالسلام ترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص ٣٣

وفي الختام أدعو أساتذة الشريعة والقانون إلى القيام بالمقارنات بين الفقه الإسلامي والقوانين الغربية والعربية خدمة لهذه الشريعة ولل قانون الإسلامي من جهة، ولإبراز مكانة الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، لأن فقهاء الإسلام والمجتهدين في الشريعة الإسلامية تركوا لنا ثروة فقهية عظيمة لو أستثمرت بعقلية ناضجة غير متعصبة لمذهب معين وغير مقتنعة ببعض الأمثلة البالية كالتعامل بنظام العبيد والجواري، لأصبح الفقه الإسلامي دون التكيد بمذهب معين مصدراً خصباً، لا للقوانين العربية فحسب، بل للقوانين دول العالم بأسرها.

**القانون الأصح للمتهم
في ضوء المتى الفلسفي**

(١)

المقدمة

التعريف بالمتى:

للتى في اللغة ورد بعدة معان منها:

للد والضرب: يقال متى الشيء أي مده، ومنها الضرب، يُقال متاه بالمصى أي ضربه بها.

وفي الاصطلاح النحوي (متى) أداة استفهام عن وقوع شيء في الزمان، يقال: (متى تبدأ العطلة الصيفية؟)، وقد يكون اسم شرط يهزم فعلين إذا دخل عليهما، على أساس أن أحدهما شرط والآخر جواب، كما يُقال: (متى يستوعب الطالب موضوع دراسته، ينجح في الامتحان).

وفي الاصطلاح الأصولي يُستعمل لعموم الزمان مع (ما) ويدونها، كأن يقول أحد المتعاقدين للآخر (متى ما تُنفذ التزامك أنفذ التزامي). أو (متى تسلمني الثمن اسلمك المبيع).

وفي الاصطلاح الفلسفي: هيئة تعرض للشيء بسبب حصوله في زمان معين.

القسم الثاني:

قسمه الفلاسفة إلى قسمين: حقيقي وغمي حقيقي.

١- للتى الحقيقي: هو الذي يستغرق العمل الذي يؤدي فيه ولا يسع غيره من مثله، كشهر رمضان بالنسبة للصيام فيه، فهو لا يسع صوماً غيره، وكالوقت المحدد للمحاضرة في الكليات.

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي يُسمى الوقت المضيق كوقت الحج، فلا يسع إلا حجاجاً واحداً.

٢- **المتى عهد الحقيقي:** وهو حصول فعل في زمان يسمه ويسمى غيره من مثله، كأوقات الدوام الرسمي في دوائر الدولة والمؤسسات ذات النفع العام، وعلى سبيل المثال الأستاذ الجامعي مُكلف باللقا. محاضراته في ساعات محددة لها، وهو في نفس الوقت يستطيع أن يُلقّي محاضرات إضافية أثناء الدوام الرسمي، ويُسمى في الاصطلاح الفقهي (الوقت الموسع).

الزمان:

وللزمان معان متعددة في علم الفلسفة منها:

- أ- **الوقت:** كثيراً أو قليلاً، وهو المدة الواقعة بين حادثتين، إحداها سابقة والأخرى لاحقة.
- ب- **الزمن:** في أساطير اليونانيين هو الإله الذي يُنضج الأشياء. ويوصلها إلى نهايتها.
- ج- قال بعض الفلاسفة كأرسطو: الزمان حركة الفلك، كنسوان الأرض حول نفسها.
- د- وقال المتكلمون من الفلاسفة: الزمان اعتياري موهوم أو أنه متجدد معلوم، يُقدر به متجدد آخر.

هـ - ويرى بعض الفلاسفة أن الزمان ماضي ومستقبل، وأما الحاضر فهو ليس بزمن، وإنما هو أن موهوم بين الماضي والمستقبل.

الفرق بين الزمان والدهر والسرمد:

الزمان: نسبة المتغير إلى المتغير، كنسبة حرارة الجو وبردته واعتداله للفصول الأربعة في السنة.

الدهر: نسبة الثابت للمتغير، كنسبة حركة الأرض إلى الليل والنهار.

السرمد: نسبة الثابت للثابت، كنسبة الوجود لذات الله وصفاته.

نطاق تطبيق النصوص الجزائية على أساس المتى الفلسفي:

يُبنى على هذا الأساس الفلسفي مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية، ومنطوق هذا المبدأ هو أنه: (يسري على جرائم القانون النافذ وقت ارتكابها)، أي الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها، بغض النظر عن وقت تحقق نتائجها.

ونقوم على هذا المبدأ (مبدأ عدم الرجعية)، ومبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا

بنص)، والركن الشرعي العام للجريمة،^(١) لأن هذا الركن لا يفترض وجود النص التجريمي بحسب، فإنما يتطلب فوق ذلك أن يكون هذا النص سارياً على الفعل المكون للجريمة وقت ارتكابها. فليس لنص التجريم السلطان المطلق بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل، بل يتحدد سلطانه بزمان نفاذه.

لكل نص تجريم يصدر بناءً على قانون تبدأ فترته الزمنية من تأريخ صدوره نافذاً، طبقاً للأوضاع الدستورية والقانونية، وتنتهي بإلغائه صراحةً أو ضمناً. ويستمد هذا المبدأ من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ويستلزم تطبيقه التأكد من أمرين: أحدهما معرفة الوقت الذي أصبح فيه نص التجريم نافذاً. والثاني هو بقاؤه سارياً لوقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة.

(١) الأركان العامة المشتركة بين جميع الجرائم ثلاثة: الشرعي، والمادي، والمعنوي.

(١) الركن الشرعي: هو الصفة غير المشروعة للفعل، ويكتسبها إذا توافر له أمران:

الأول: خضوعه لنص تجريم يقرر فيه القانون عقاباً لمن يرتكبه.

الثاني: عدم خضوعه لسبب من أسباب الإباحة. إذ أن انتفاء أسباب الإباحة شرط ليظل الفعل محتفظاً بالصفة غير المشروعة التي أكسبها له نص التجريم.

(٢) الركن المادي: هو ماديات الجريمة، أي المظهر الذي تبرز به إلى العالم الخارجي. ويقوم الركن المادي عادة على ثلاثة عناصر: الفعل والنتيجة وعلاقة السببية.

فالفعل هو النشاط الإيجابي أو الموقف السلبي الذي يُنسب إلى الجاني.

والنتيجة هي أثره الخارجي الذي يتمثل فيه الاعتداء على حق يحميه القانون.

وعلاقة السببية هي الرابطة التي تصل ما بين السبب والنتيجة، وتثبت أن حدوث النتيجة يرجع إلى ارتكاب الفعل.

(٣) الركن المعنوي: هو الإرادة التي يقترن بها الفعل، سواء اتخذت صورة القصد الجنائي، وحينئذ توصف الجريمة بأنها عمدية، أو اتخذت صورة الخطأ غير العمدية، وحينئذ توصف الجريمة بأنها غير عمدية.

وهذه الأركان عامة مشتركة يجب أن تتوافر في كل جريمة، فإذا انتفى أحدها فلا وجود للجريمة. ولكن في نفس الوقت لكل جريمة عدة أركان خاصة بها تميزها عن غيرها من الجرائم. وعلى سبيل المثال الأركان الخاصة للقتل العمد هي:

١- كون الجاني عليه حياً وقت الجريمة.

٢- فعل الاعتداء على الحياة التي تترتب عليه الوفاة.

٣- القصد الجنائي التي يتطلب نية إزهاق الروح.

ينظر الدكتور محمود نقيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات القسم العام، ط ١٩٦٧، ص ٢٤.

ومعرفة نفاذ القانون لا صعوبة فيها، لأن وقته تُحدد القواعد الدستورية أو القانونية المتعلقة بالتشريع.

وكذا وقت ارتكاب الجريمة أمر مُبَيَّن إذا تطلعت النتيجة بعد اقتراف الفعل الجرمي مباشرة، كما في أكثر الجرائم الوقتية، مثل جريمة القتل بالطلقة النارية، وجريمة السرقة ونحوها. وإنما الصعوبة في حالات تأخر النتيجة عن الفعل الجرمي، بأن يصدر قانون بعد ارتكاب الفعل الجرمي وقبل تحقق النتيجة، بحيث يتألف حكمه عن القانون السابق الذي تمت الجريمة في ظله، لذا نصت قوانين العقوبات في العالم على أن العبرة بوقت تمام الأفعال الجرمية، لا بوقت تحقق نتائجها، كما في (م٢/١) من قانون العقوبات العراقي النافذ التي تنص على أنه (يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها، ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت تحقق نتائجها). وبناءً على ذلك تكون العبرة بصور القانون النافذ لا بالعمل به، وتوافق (م١/٥) من قانون عقوبات المصري النافذ على أنه (يُعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها). و(م٢/٥): (ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه نهائياً، قانون أصلح للمتهم فهو الذي يُتبع دون غيره).

والفرق واضح بين (العمل بالقانون) و(صدر القانون). فالقانون الأصلح للمتهم من سابقه يُعمل به من تاريخ صدوره، دون انتظار حلول الأجل المعلق عليه تنفيذه ودون انتظار نشره، لأن الأصل أن يكون نافذا بمجرد إصداره.
ويطابقه قانون الإجراءات الجنائية المصري.^(١)

^١ الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ص ١٠٦.

(٢)

تقييد مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية

هذا المبدأ ليس مطلقاً، بل ترد عليه قيود، منها ما يتعلق بنوع النص، ومنها ما يُعتبر استثناءً من المبدأ ذاته.

أولاً/ ما يتعلق بنوع النص:

يرد على المبدأ قيدان:

أحدهما: اقتضاه على النصوص الموضوعية.

والثاني: عدم شمول مبدأ عدم الرجعية للنصوص التفصيلية كما يلي:

١- اقتضاه مبدأ عدم الرجعية على النصوص الموضوعية:

أي النصوص السبئية لأركان الجريمة وشروطها. وعلى سبيل المثال النص الذي يُجرّم السرقة^(١) يتضمن شروطاً معينة يجب توفرها حتى يُعتبر الفعل سرقة، ككون المال منقولاً وملوكاً للغير.

أما النصوص المتعلقة بالإجراءات، التي مكانها أصول المحاكمات الجزائية^(٢) وقانون المرافعات المدنية، كتحريرك الدعوى والإخبار عن الجريمة والطعن في القرارات القضائية، فهي تسري من وقت نفاذها، وقد درج التشريع في أن يكون مكان نصوص الجزائية الموضوعية التي تخضع لمبدأ عدم الرجعية، هو قانون العقوبات والقوانين المكملّة له.

^(١) المواد (٤٣٩-٤٥٠) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

^(٢) مصطلح عراقي، وقانون الإجراءات الجنائية في الاصطلاح المصري.

ب- عدم قبول المبدأ للنصوص التفصيلية:

وهي نصوص لا تُجرّم أفعالا لم يُجرّمها القانون السابق ولا تُضيف أحكاما جديدة، وإنما يُقصد من تشريعها توضيح أحكام قائمة لم تكن واضحة، مما أدى إلى الاختلاف في تفسيرها، فهي لها حكم مُفسّرُها، فإذا تضمنت أحكاما جديدة أو عدلت حكما قائما، فإنها يسري عليها مبدأ عدم الرجعية، وبالتالي على المحكمة الجزائية الامتناع عن تطبيقها على أفعال سابقة.

ثانيا/ الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ذاته:

يُستثنى من المبدأ المذكور النصوص التي تكون هي الأصلح للمتهم، فإذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة، وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها نهائيا، يُطبق القانون الأصلح للمتهم.

وفلسفة الاستثناء (الأصلح للمتهم)، هي أن سلطة المجتمع في توقيع العقاب محدودة بمحدود فكري ضرورة الاجتماعية والفائدة الاجتماعية، فإن لم يكن للعقوبة ضرورة ولا فائدة، فلا مجر لتوقيعها. وإذا ألغى القانون الجديد العقوبة أو خفف منها، يكون ذلك اعترافا من المشرع بعدم جدواها، فلا تبقى علة توقيعها على أساس أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدمًا.

(٢)

متى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم؟

بالإمكان معرفة الأصلح من الطرق الآتية:

أولاً- على القاضي المقارنة بين القانونين القديم والجديد بالنسبة إلى متهم معين بالذات، مع رعاية ظروفه الخاصة، لا بالنسبة إلى مجموعة من المتهمين تتفاوت ظروفهم. وتحديد الأصلح هو تطبيق لقواعد قانونية تُحدد سلطان النص الجنائي من حيث الزمان (المتى الفلسفي).

وتكليف الجديد بأنه أصلح للمتهم وظيفته القاضي، ولا شأن للمتهم به، فلا يحوز للقاضي أن يترك الخيار للمتهم ليحدد له الأصلح من القانونين. وعلى سبيل المثال: الغرامة أخف من الحبس دائماً، لذا يحكم القاضي بأنها أصلح، ولو كان المتهم يرى خلاف ذلك.

ثانياً- على القاضي أن يستشهد بضوابط ومعايير معينة يمدد بها القانون الأصلح للمتهم.

ويكون الجديد أصلح في ضوء المعايير الآتية:

١- إذا أباح الجديد الفعل بعد أن جرّمه القديم.

٢- إذا خفف الجديد العقوبة.

ومن الواضح أن عقوبة الجنحة^(١) أخف من عقوبة الجناية^(٢)، وعقوبة المخالفة^(٣) أخف

^١ الجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين:

١- الحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات.

٢- الغرامة. (م٢٦) قانون العقوبات العراقي النافذ.

^٢ الجناية هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات التالية:

١- الإعدام

٢- السجن المؤبد.

٣- السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشر سنة. (م٢٥) (ق.ع.ع)

^٣ المخالفة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين:

١- الحبس البسيط لمدة أربع وعشرين ساعة إلى ثلاثة أشهر.

٢- الغرامة التي لا يزيد مقدارها على ثلاثين ديناراً. (م٢٧) (ق.ع.ع)

- من عقوبة المnette، والمحبس أخف من السجن^(١)، والغرامة أخف من الحبس. وجدير بالذكر أن الجديد إذا أدخل تعديلاً في العقوبة ولم يكن ذلك من الأشد إلى الأخف، لا يُعتبر الجديد أصلح للمتهم.
- ٣- إذا أقرّ الجديد مانعاً جديداً من موانع المسؤولية الجنائية، بأن يرفع من بدء المسؤولية الجزائية، كما رفع قانون رعاية الأحداث^(٢) هذه السن من إكمال السابعة من العمر إلى إكمال التاسعة. أو يرفع السن اللازمة للحكم بعقوبة معينة كرفع السن إن كان الحكم بالإعدام من إكمال الثامنة عشرة إلى إكمال التاسعة عشرة.
- ٤- إذا قررّ الجديد عذراً قانونياً معيناً كإعفاء المجاني المخبر عن سائر الجناة من العصابة من العقوبة،^(٣) أو إعفاء كل من يلقي السلاح ويسلم نفسه للسلطة العامة من العقوبة. وهكذا.
- ٥- إذا أضاف الجديد للجريمة ركناً جديداً أو شرطاً جديداً لم يكن موجوداً في ظل القديم، كان اشترط الجديد لعقوبة معينة شرط العود (تكرار الجريمة لأكثر من مرة مثلاً).
- ٦- إذا تضمن كل من القديم والجديد ما هو أصلح للمتهم، فعلى القاضي أن يطبق من القانونين الحكم الأصلح للمتهم، بحيث لا يؤدي ذلك إلى إنشاء قانون ثالث، كأن يتضمن القديم مع العقوبة الأصلية الوضع تحت المراقبة كعقوبة تكميلية، وفي نفس

وجدير بالذكر أن أرقام المبالغ في الغرامة قد تبدلت بأرقام أخرى بعد انخفاض القوة الشرائية للدينار العراقي. ونرى أن تُقدر قيمة الدينار بالذهب وقت تشريع هذا القانون لا وقت تنفيذه.

^١ عقوبة الحبس المقررة في القانون خمس سنوات فأقل، وعقوبة السجن المقررة في القانون أكثر من خمس سنوات.

^٢ رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣، المادة (٤٧): "ولا تُقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره".

وقد نصت المادة (٣/٩٧) من المذني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أن "سن التمييز سبع سنوات كاملة". ولو بيوم واحد.

^٣ يُعفى في الاتفاق الجنائي من العقوبات المقررة في المواد (٥٦، ٥٧، ٥٨): كل من يبادر بإخيار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه قبل وقوع آية جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها، وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن أولئك المnette، أما إذا حصل الإخبار بعد قيام تلك السلطات بذلك، فلا يُعفى من العقاب، إلا إذا كان الإخبار قد سهّل القبض على أولئك المnette.. (المادة ٥٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل).

الوقت يعطي للقاضي سلطة إيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية. أما الجديد فلا يتضمن العقوبة التكميلية، لكن يمنع إيقاف التنفيذ، يُطبق القديم بالنسبة لإيقاف التنفيذ، والجديد لعدم الموضع تحت المراقبة.^(١)

٧- القانون الذي يُقرر عقوبة واحدة أصلح من الذي يُقرر عقوبتين معاً، فالذي يقرر الحبس وحده أصلح من الذي يقرر الحبس والغرامة معاً.

٨- الذي لا يُضيف عقوبة تكميلية^(٢) أو تبعية^(٣) أصلح من الذي يُضيفها.

٩- إذا تساوت العقوبة في القانونين، يكون الجديد أصلح إذا هبط بالحد الأقصى أو بالحد الأدنى للعقوبة، أو بالحدين معاً.

لكن يتعقد الأمر إذا كانت العقوبة الجديدة أصلح للمتهم من القديمة بحسب حددها الأدنى (بأن هبطها)، وأسوأ له بحسب حددها الأقصى (بأن رفعها)، أو بالعكس. وعلى سبيل المثال إذا كانت العقوبة في القديم من (٣-١٥)، وفي الجديد من (٥-١٠)، أو في القديم من (٥-١٠) وفي الجديد من (٣-١٥)، فلي القانونين أصلح؟ هناك أربعة آراء لفقهاء القانون الجنائي في تحديد القانون الأصلح^(٤) وهي:

^١ الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ص ١٥٢.
الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص ٧٤.
^٢ العقوبات التكميلية هي الآتية:

١- الحرمان من بعض الحقوق والمزايا (م ١٠٠) (ع.ع.ع)

٢- المصادرة، أي مصادرة الأشياء المضبوطة التي جُمِلت أجراً لارتكاب الجريمة.
(م ١٠١) (ع.ع.ع)

٣- نشر الحكم في صحيفة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه. (م ١٠٢) (ع.ع.ع)

^٣ العقوبات التبعية هي التي تلحق المحكوم عليه بحكم القانون دون الحاجة إلى النص عليها في الحكم، وهي:

١- الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، كحرمانه من كونه ناعباً أو منتخبا في المجالس التمثيلية، أو كونه وصياً أو قِيماً أو وكيلاً أو نحو ذلك. (م ٩٥-٩٨) (ع.ع.ع)

٢- مراقبة الشرطة، كمن حُكِم عليه بالسجن لجنائية مائة بأمْن الدولة الخارجي أو الداخلي، أو تزيف النقود أو تزويرها أو تقليدها، أو تزوير طوابع أو رشوة أو اختلاس أو سرقة أو نحو ذلك. (م ٩٩) (ع.ع.ع)

^٤ هذه الآراء وارودة من حيث التصور عند عدم وجود نص في القانون بحسب ذلك النزاع بنص صريح.

الرأي الأول / العبرة بالحد الأقصى في كل من القانونين، فيحكم القاضي في المثال المذكور بين (٣) كحد الأدنى و(١٠) كحد الأعلى.

وَيُنتقد هذا الرأي بأنه يمزج القانونين حتى يُخرج منهما ثالثاً، وهذا لم يمر بذهن المشرع، وليس للقاضي سلطة تشريعية حتى يُحدث قانوناً جديداً.

الرأي الثاني / يتولا للمتهم أن يختار القانون الذي يفضل تطبيقه، لأنه صاحب المصلحة.

وعيب هذا الرأي أن تطبيق التشريع العقابي من النظام العام وليس للمتهم دور فيه حتى يختار الأقل في أي منهما.

الرأي الثالث / العبرة بالحد الأدنى لأنه يمثل آخر ما يطمع فيه المتهم من تخفيف العقاب، ولو ارتفع في الوقت نفسه بالحد الأقصى.

ويُعاب هذا الرأي بأنه يعرض للمتهم لاحتمال الحكم عليه بالحد الأقصى المرتفع مقابل أمل قد يكون ضئيلاً في أن يُحكم عليه بالحد الأدنى المنخفض.

الرأي الرابع / العبرة بالحد الأقصى، فاصح القانونين هو ما يهبط بالحد الأقصى، ففي أي منهما أقل، يُختار هذا، لأنه يمثل آخر ما يُهدد للمتهم من تشديد العقاب الذي يُخشى أن يوقع عليه، وهذا هو الرأي السائد فلهاً وقضاءً في أكثر من البلاد.^(١)

وهذا الرأي رغم أنه امتاز من سواء بنتائجه العملية، إلا أنه يجري المقارنة على أسس مجردة،^(٢) إضافة إلى أنه قد يضرّ متهماً جديراً بالحد الأدنى.

وإذا ثبت فشل الآراء المذكورة، على القاضي أن يفتش عن المعيار الفلسفي وهو أن تحديد الحد الأدنى أو الأقصى أو كليهما، يدل دلالة التزاوية فلسفية على منح القاضي السلطة التقديرية لتحديد ما يستحقه المتهم من العقوبة في ضوء ظروف الجريمة والجاني وخلفيات القضية.

فإذا وجد أن الظروف في صالح المتهم بحيث يجعله عملاً للرعاية وجديراً بالعطف والرحمة، يطبق عليه القانون الذي أهبط الحد الأدنى، وإذا وجد أن الظروف ضده، يطبق الذي

^(١) الدكتور عمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٧٤.

^(٢) أي مجردة عن الظروف المقرنة بالجريمة أو بالجاني، وهذا الاتجاه مرفوض في المنطق القانوني، لأن القاضي يجب أن يأخذ بنظر الاعتبار هذه الظروف في كل قضية جنائية.

أهبط بالحد الأقصى، لأنه لا أمل في الحد الأدنى، بسبب الظروف المحيطة بالجريمة والجاني.

١٠- إذا كان القانون الصادر بعد الحكم النهائي قد جعل الفعل الذي حُكم من أجله غير معاقب عليه، فإن هذا القانون يسري على الفعل، ويرتّب على هذا أن يصبح المتهم كما لو لم يصدر عليه حكم نهائي، وهو المستفاد من القانون المصري (٣/٥)؛ (يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية).

فالآثار المترتبة على صدور القانون الجنائي بعد الحكم النهائي هي بعينها الآثار التي تترتب على صدور مثل هذا القانون قبل الحكم النهائي، فمجرد صدور القانون يُسقط العقوبات الصادر بها الحكم أو المترتب عليه، فلا تُنفذ إذا لم يكن قد بُدئ في التنفيذ، ويوقف تنفيذها إذا كان قد بدأ. وأثر صدور القانون لا يقتصر على التنفيذ وإنما تنتهي به الآثار الجنائية المترتبة على الحكم، كاعتباره سابقة في العود.

والحاصل صدور القانون الجديد يحو جميع الآثار المترتبة على اعتباره معاقباً عليه، فإذا كان المحكوم عليه قد دفع الغرامة أو قسطاً منها، فإنه يستردها، وكذلك يسترد الأشياء التي صودرت.

وقد ذهب بعض شراح القانون الجنائي على أنه لا يحق للمحكوم عليه أن يسترد الغرامة قياساً على مدة الحبس التي يكون المحكوم عليه قد قضاها.^(١) ويرد هذا الرأي بأنه قياس مع الفارق، فتتبع الحبس لا يتأتى معه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، بخلاف الغرامة، فإنها يمكن استردادها.^(٢)

^١ الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص ١١٩.

^٢ د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٤)

موقف المشرع العراقي من سريان القانون الجنائي من حيث المتى الفلسفي

تضمنت المادة الثانية من قانون العقوبات العراقي النافذ الفترات الأربع الآتية:

١- يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها، دون النظر إلى وقت تحقيق نتيجتها.

٢- على أنه إذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل أن يُصبح الحكم الصادر فيها نهائياً، فيُطبق القانون الأصح للمتهم.

٣- وإذا صدر بعد صيرورة الحكم نهائياً، قانون يعمل الفعل أو الامتناع الذي حُكم على المتهم من أجله، غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية ولا يمس هذا بأي حال ما سبق تنفيذ من العقوبات، ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك. وعلى المحكمة التي أصدرت الحكم ابتداءً أن تقرر وقف تنفيذ الحكم بناءً على طلب المحكوم عليه أو الادعاء العام.

٤- أما إذا جاء القانون الجديد تخففاً للعقوبة فحسب، جاز للمحكمة التي أصدرت الحكم ابتداءً إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها على ضوء القانون الجديد، وذلك بناءً على طلب المحكوم عليه أو الادعاء العام.

وفلسفة الفرق بين الإلزام في الفقرة الثالثة والجواز في الفقرة الرابعة هي الاختلاف في الأساس، فهو في الحالة الأولى إباحة الفعل بالقانون الجديد، وتجريده من الصفة الجرمية، بينما الأساس في الحالة الثانية هو تخفيف العقوبة مع احتفاظ الفعل الجرمي بصفته الجرمية، وعدم خروجه من دائرة عدم المشروعية.

وفلسفة رجعية القانون الأصح للمتهم هي أن العقاب ليس انتقاماً ولا سأراً كما كان الأمر كذلك في العهود المنصرمة المظلمة، وإنما الغاية منه إصلاح المتهم وزجره حتى لا يعود إلى السلوك المنحرف وردع الغير من الاقتداء به، وهذه الأهداف تُفرض على قاضي الموضوع أن يتصرف ويحكم بما هو أفضل للمتهم وللمجتمع قدر الإمكان.

(٥)

مبدأ الرجعية في القانون محدد المدة^(١)

لا تأثر لانتهاء القانون محدد المدة في مسؤولية من خالفه خلال نفاذه وقبل انتهائه، فليس للانتهاء أثر رجعي، ولا يسري على ما أرتكب قبله من الجرائم، فإذا صدر حكم على المتهم بعقوبة يجب تنفيذها كاملة، رغم انتهاء القانون الذي جرم الفعل أو الامتناع. وإذا لم يُسَقَّ إلى اللُصِّاء بعد ارتكاب وقبل انتهاء المدة، يجب رفع الدعوى عليه من المجنى عليه أو الادعاء العام لمحاسبته ومعاقبته، ولو كان القانون الذي جرم العمل منتهيا قبل ذلك.

وفلسفة عدم استفادة المتهم أو المحكوم عليه من مضي المدة التي نهى فيه القانون عن فعل أو أمر به: هي عدم ضياع الغرض المقصود من القانون. لأن القانون محدد الفترة يصدر لمواجهة ظروف خاصة، وهي غالباً تكون استثنائية، فإذا ما انتقضت هذه الظروف لم يعد للقانون ما يُبرره، ولكن من ارتكب فعلاً خالف به ذلك القانون أثناء فترة العمل به، فقد اعتدى على المجتمع وهو يمتاز هذا الطرف، فهو لذلك جدير بالعقاب.

ثم إن في استفادة المخالف من انتهاء المدة تشجيعاً للناس على مخالفته، لأن الظروف العابرة تقتضي وضع تشريعات عقابية لفترات قصيرة قد تستغرقها إجراءات التحقيق والإحالة والمحاكمات الجزائية حتى يصدر فيها أحكام نهائية، فإذا طُبِّق المبدأ العام في سريان القوانين العقابية دائماً بأثر رجعي على الدعاوى القائمة متى كانت هي الأصلح للمتهم، لأدَّى ذلك إلى تعطيل أحكام هذه القوانين في كثير من الأحيان، ولأصبح للمتهم مصلحة مخلقة في إطالة أمد المحاكمة بسبب انتهاء المدة المحددة لنفاذ القانون.^(٢)

^١ القانون محدد المدة، أي القانون المؤقت الذي ينهى عن ارتكاب فعل في مدة زمنية محددة، فمثل هذا القانون يبطل العمل به بانقضاء تلك المدة بغض حجة إلى صدور قانون بإلغائه. بخلاف القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالات الطوارئ، ولا ينص فيها على مدة معينة لسريانها. فإن إبطال العمل بها يقتضي صدور قانون بإلغائها.

د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ١١٠.

^٢ الدكتور محمود نقيب، المرجع السابق، ص ٧٩... الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٥٦.

(٦)

معييار التمييز بين القانون ومحدد المدة وغيره

لا يعرف قانون وضعي نصوصاً أبديةً، وإنما النص ينشأ في زمن معين وينقضي سلطانه في يوم معين آخر، فالسلطان الزمني للنصوص القانونية محصور بين وقتين (وقت نفاذه ووقت انقضائه)، فلا سلطان له قبل الوقت الأول ولا بعد الثاني، لذا يجب أن يكون هنالك معيار دقيق للتمييز بين ما هو محدد المدة وما ليس بمحدد المدة، والمعييار قد يكون صريحاً، لينص القانون الجديد غالباً على انقضاء الأول بعد مدة محددة، وقد يكون ضمناً يفهم الانقضاء من طبيعة الظروف التي شرع من أجلها.

فالمعييار الدقيق هو التحديد بالنص، فينبغي في التشريع الصادر لفترة محددة أن يتضمن تحديداً صريحاً لها، فلا يكفي أن يكون التحديد ضمناً مستفاداً من ظروف وضع التشريع وملايساته، أو أن يكون التحديد مستمداً من طبيعة القانون، كالقوانين التي تُشرع لمعالجة ظروف خاصة، لأن كل تشريع عقابي يوصف بأنه مؤقت بطبيعته، فيتعذر التمييز بين ما هو مؤقت وما هو غير مؤقت، لأن جميع القوانين مهما طال زمن العمل بها يكون عرضة للعدول عنها.

(٧)

سريان الجديد على الماضي لا على أساس معيار الأصلح للمتهم

يسري الجديد لا على أساس معيار الأصلح على ما وقع قبل نفاذه من الجرائم الآتية:

١- الجرائم المستمرة:

وهي الجرائم التي تتكون من فعل واحد متجدد مستمر.^(١) ومعيار تقسيم الجريمة إلى الوقتية والمستمرة هو الزمن (المتى الفلسفي) الذي يستغرقه تحقق عناصرها، فإذا لم يستغرق غير برهة قصيرة من الزمن، فالجريمة وقتية كالقتل بطلقة نارية ممتدة فوراً. وإذا امتد خلال وقت طويل نسبياً، فالجريمة مستمرة، إذا كان لإرادة الجاني دخل في هذا الاستمرار، كحبس شخص بدون وجه حق، وكجريمة حيازة الأموال المسروقة والأموال المفضوية وإخفاء جثة المقتول ونحو ذلك. فبذات الجريمة في هذه التطبيقات وقتية تنتهي بوقت قصير، لكن الحيازة أو الإخفاء من الجرائم المستمرة لاستمرارها زمناً متجدداً مستمراً.

٢- الجرائم المتتابة:

وهي التي تقع بتتابع عدة أفعال يكون كل واحد منها كافيًا لوجود الجريمة، ويكون الغرض من جميع الأفعال واحداً، كتزوير أوراق رسمية عدة مرات لغرض الاختلاس. والفرق بينها وبين المستمرة هو أن الثانية تتكون من فعل واحد ثم يبقى مستمراً، بخلاف المتتابة فإنها تتكون من عدة أفعال يكون كل واحد منها جريمة. ويتعيب أدق أن المعتبر في الجريمة للمستمرة هو تجدد عنصر الزمن، بينما في المتتابة هو عنصر تكرار الفعل.

^١ الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص ٤٧ وما يليها.

٣- جرائم العادة:

وهي التي تتكون من تكرار أفعال يُشكل مجموعها جريمة واحدة تُسمى جريمة الاعتياد، وتختلف عن سابقتها بأنها لا تتكون بفعل واحد، وإنما يُشترط فيه عنصر التكرار، كالإقراض بفائدة تزيد عن النسبة المحددة بالقانون، فإنه لا يُعد جريمة عند فقهاء القانون^(١)، ما لم يحصل فيه عنصر التكرار، ويبدو أن المراد بالتكرار أن يكون أكثر من مرة واحدة.

وهذه الأنواع الثلاثة من الجرائم التي يسري عليها أحكام القانون الجديد، بشرط أن يستمر الجاني على ارتكابها في ظلّه، ولو كان البدء بها في ظل القانون السابق، فإذا أتي الجديد بقواعد معدلة للجرائم المستمرة أو المتتالية أو جرائم العادة، تُطبق هذه القواعد على ما تم تنفيذه في ظل القانون القديم.^(٢) وفلسفة هذا السريان هي استمرارية الجاني على ممارسة العمل الجرمي في ظل الجديد، فيُعطى للكل حكم الجزء، فممارسة جزء من الجريمة في ظل الجديد تُعد بمثابة ممارسة كلها في ظلّه مجازاً، على أساس كون ذلك أصلح للمتهم، ورعاية للعدالة التي هي الغاية الرئيسة لتشريع كل قانون.

^١ الأستاذ جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية، ص ٤١

الأستاذ محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص ٤١

^٢ المادة الرابعة من قانون العقوبات العراقي المأخذ.

(أ)

سريان القانون على التدابير الاحترازية

من الواضح أن التدابير الاحترازية بكافة أنواعها عقوبات بشروط أتية:

- ١- أن ينص عليها القانون وفقاً للقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).
- ٢- لا يجوز اتخاذ التدابير الاحترازية ضد أي شخص ما لم يرتكب فعلاً يعده القانون جريمة.
- ٣- أن تكون حالة الشخص الذي تُتخذ التدابير الاحترازية في حقه خطيرة على سلامة المجتمع، بأن يتبين من أحواله وماضيه وسلوكه ومن ظروف الجريمة وبواعثها، أن هناك احتمالاً جدياً لإلحاقه على اقتراف جريمة أخرى، أو أن حالته تُعتبر خطورة على سلامة المجتمع^(١).

من أنواع التدابير الاحترازية: ^(٢)

١- التدابير السالبة للحرية أو للقيود لها:

كالجزع في مأوى علاج في مستشفى أو مصح للأشخاص العقلية والمنع من التردد على أماكن معينة مُعدة لغرض تعاطي المسكرات، وكمراقبة الشرطة.

٢- السالبة للحقوق:

كالحرمان من مزاوله مهنته أو حرفته أو نشاط صناعي أو تجاري أو نحو ذلك، وكإسقاط الولاية والوصاية والقوامة وسحب الإجازة ونحو ذلك.

^١ المادة (١٠٣) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

بجاء الشريعة الإسلامية، فإن جميع العبادات التي كُلف بها الإنسان البالغ العاقل من التدابير الاحترازية، كما يقول سبحانه وتعالى ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾ (العنكبوت: ٤٥). صنيع الشريعة الإسلامية أحسن من صنيع القانون، لأن الوقاية خير من العلاج.

^٢ المواد (١٠٥-١٢٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

٣- التدابير الملادية:

كمصادرة الأموال وخلق المحل وإيقاف الشخص المعنوي (كالشركات التي لها شخصية معنوية) لمدة معينة أو حله.

أما من حيث سريان القانون الجديد على التدابير الاحترازية التي نشأت بقانون سابق، فإن على القاضي أن يطبق المريان وعدمه من حيث ما يطبق على العقوبات.^(١) وفلسفة ذلك أن التدابير الاحترازية، كما ذكرنا، عقوبات، لذا نجد أنه لا مبرر لدراستها من حيث سريان القانون الجديد بمحزل عن العقوبات.

^١ كما سبق تفصيل ذلك من حيث شروط المريان وكون الجديد أصح للمتعم.

(٩)

سرىان التشرىع الإجرائى على أساس الملى الفلىفى

ما سبى من عناصر وأحكام سرىان نطاق القانون على أساس الزمان (الملى) كان بالنسبة للقواعد الموضوعىة المنصوص عليها غالباً فى قوانين العقوبىات، وما ىأتى من الدراسة المتعلقة بنطاق السرىان ىكون بنسبة لقواعد إجرائىة منصوص عليها غالباً فى أصول المحاكمات الجزائىة، وهى مجموعة قواعد عامة تُنظم إجرأات التحدىق الابتدائى، والمحاكمة، والأحكام، والظمن فى الأحكام، وكفىة تنفيذ الأحكام وانتقضاها.

رىتعبىر آخر التشرىع الإجرائى هو ما ىنطبىق من رفع الدعوى إلى الانتقضاء النهائى.^(١) أما من حىث سرىان تلك القواعد الإجرائىة الجزائىة، فالقاعدة العامة هى أن الأصل فىها هو أنها تسرى من تأرىخ نفاذاها على ما ىجرى فى المستقبل بعد نفاذاها من رفع الدعوى إلى الحكم النهائى، بل إلى تنفيذ الحكم وانتقضاها دون ما جرى فى الماضى فى ظل قانون سابق، سواء أكان المجدىد أصلح للمتهم أم أسوأ، ففىر أن هنالك بعضاً من القواعد الإجرائىة محل خلاف فقهاء القانون الجنائى، من حىث السرىان والأثر الرجعى وراعىة الأصلعىة بالنسبة للمتهم. وهى قواعد الاختصاص القضائى وقواعد الظمن فى الأحكام وقواعد التقادم (تقادم الدعوى أو العقوبة)، لذا تقتضى فلسفة رعاىة العدالة فى تطبىق القواعد المذكورة معرفة نطاقها من حىث السرىان الزمنى.

أولاً- قواعد الاختصاص:

الاختصاص هو مدى السلطة التى حوكل القانون جهة لو محكمة إىاها، وىناءً على هذه الحلقىة لا ىموز لمحكمة أن تنظر فى قضىة مرفوعة إىىها، ما لم تكن داخلة فى اختصاصها، كما لا ىموز أن ترفض النظر فى دعوى داخلة فى نطاق اختصاصها، وإلا تُعد ناكرة للعدالة،

^١ الدكتور رؤوف عبىد، المرجع السابق، ص ١٥٨.

وقد تتنازع حكمتان في قضية واحدة تنازعا إيجابياً، كان تنص كل واحدة منهما على أن القضية للتنازع فيها من اختصاصها، لو تنازعا سلبياً كان ترفض كل واحدة منهما النظر في قضية معينة على أساس أنها لا تدخل ضمن اختصاصها، وإنما هي من اختصاص محكمة أخرى، وقانون أصول المحاكمات الجزائية هو الذي يحدد سلطة المحاكم الجزائية وأنواع جرائم الأشخاص الذين يهاكمون أمامها، والتكليف الفلسفي لهذا الموضوع من الاختصاص هو أنه من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته.

إلغاء محكمة قائمة أو استبدال أخرى بها:

إذا صدر قانون إداري جديد ألغى محكمة قائمة، فلا إشكال في هذه الحالة، من حيث أن الجديد هو المعمول به لانتقطاع الصلة بين المحكمة الملغاة وبين الإجراءات القضائية بالنسبة للقضية التي كانت الملغاة ذات الاختصاص بالنظر فيها، حتى ولو كانت هذه الدعوى منظورة بالفعل أمام المحكمة الملغاة.

ومن تطبيقات حالة الإلغاء قانون السلامة الوطنية المعدل^(١) حيث ألغى مادته (رقم ٣٠) مرسوم الإدارة العرفية^(٢) وتعديلاته وذيولته، وأحلّ حالة الطوارئ محل حالة الأحكام العرفية، كما ألغى قانون المجالس العرفية وأحلّ محلها محاكم أمن الدولة،^(٣) وإذا نقل القانون الجديد الاختصاص بالنظر في الدعوى من محكمة إلى أخرى دون أن يلغى المحكمة ذات الاختصاص القديم بالنظر في الدعوى، فما هي المحكمة المختصة بعد نفاذ هذا القانون الجديد، هل هي القديمة أو الجديدة؟ إذا كان هناك نص في الجديد يحسم هذا النزاع فيُحسم بمقتضاه، وفي حالة عدم وجود النص، اختلف في تحديد المحكمة المختصة، فلهذا القانون الجناحي على أربعة آراء:

^١ رقم (٤) لسنة ١٩٦٥ المعدل.

^٢ رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥ وتعديلاته

^٣ وقد أيدت محكمة التمييز في العراق (الإضبارة ٤١٠/جنايات/ ١٩٦٨ في ١٨/٤/١٩٦٨) ما ذهب إليه محكمة الجراء الكبرى لمنطقة كركوك من أن القوانين المتعلقة بإجراءات المحاكمات والمرافعات تسري تلقائياً على الماضي حتى مع عدم النص على ذلك، لأنها لا تضيق حرق المتهم المكتسبة، بل على التفتيش تكون في صالحه، إذ تؤمن له حرية الدفاع عن نفسه.

تقلاً عن الدكتور سامي النصراري، أصول المحاكمات الجزائية، ص ١١

١- المحكمة المختصة هي القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن الموضوع يدخل في باب تنازع المحكمتين، تنازعا إيجابيا في الاختصاص، فتُرجع المحكمة القديمة على الجديدة للعلل الآتية:

أ- إنها لم تُلغ بالقانون الجديد فتبقى على اختصاصها لسبقها.

ب- إنها كانت هي المحكمة المختصة حين ارتكاب الجريمة، فتبقى على اختصاصها استصحابا.

ج- من الحقوق الطبيعية للمتهم أن يُحاكم أمام محكمة طبيعية دون محكمة استثنائية.

٢- المحكمة المختصة هي المحكمة الجديدة، ما لم يتم الفصل في القضية بحكم نهائي من المحكمة القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن قواعد الاختصاص من النظام العام، فليس للمتهم حق مكتسب فيها.

٣- المحكمة المختصة هي التي أصدرت الحكم الابتدائي، فإذا لم يصدر الحكم الابتدائي في الدعوى من المحكمة القديمة يكون الاختصاص للمحكمة الجديدة في ظل القانون الجديد، لأن الجديد يسري على جميع الدعاوى حتى ما كان مرفوعا منها أمام المحكمة القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن صدور الحكم الابتدائي من المحكمة القديمة يُعد حقا مكتسبا للخصوم، ولا يُمكن العدول عنه إلا بطريق الاعتراض (الظمن) المقرر له، وليس من العدل ترك هذا الحكم الابتدائي وعدم اعتداد المحكمة الجديدة به.

٤- والرأي الرابع هو الذي يقول بأن القانون الجديد يسري على جميع الوقائع التي لم تُرفع إلى المحكمة المختصة، والمحكمة المختصة هي التي رُفعت الدعوى إليها، فإذا لم تُرفع الواقعة إلى المحكمة المختصة حتى صدور القانون الجديد، يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الجديدة في ظل القانون الجديد، رغم وقوعها في ظل القديم، فإن رُفعت إلى المحكمة المختصة فإنها تبقى في اختصاصها. والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن الواقعة إذا رُفعت إلى المحكمة المختصة، تبقى في اختصاصها، بناءً على قاعدة (أن القضية يجب أن تنتهي حيث بدأت)، وأن الاختصاص يتحدد برفع الدعوى فقط، فإن رُفعت، كان القانون القديم وحكمته هما المختصتان. وإلا فمحكمة

القانون الجديد هي التي تحكم الوقائع التي مازالت قيد التحقيق، ولو كانت الجريمة وقعت قبل صدور القانون الجديد.^(١)

ونرى أن السراج هو أن الدعوى المرفوعة إلى صاحبة الاختصاص القديم تظل في اختصاصها، فلا يسري الاختصاص الجديد إلا على الدعاوى التي تكون وقت نفاذ القانون الإجرائي الجديد لا تزال في مرحلة التحقيق والإحالة، ولم تُرفع للمحكمة بعد، وذلك لاستبعاد اضطرابات الإجراءات القضائية أو إعادتها من جديد. هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا يتخذ تطبيق الاختصاص ذريعة للتدخل في عمل القضاء أو للتأثير فيه بصورة ما.^(٢)

ثانياً: قواعد الطعن في الأحكام:

إذا أوجد القانون الجديد طريقاً جديداً للطعن لم يكن موجوداً في القانون القديم، يستطيع المتهم الاستفادة منه، والمشرع العراقي أخذ بهذا الاتجاه.^(٣) لكن هذا لا يمنع في نفس الوقت أن ينص الجديد على خلاف ذلك.

أما بخصوص القواعد المتعلقة بتغيير ميعاد الطعن، كتحديد أو تلخيص المدة المخصصة للطعن، فالرأي السائد فقهاً وقضاً بهذا الصدد يذهب إلى اعتبار هذه القواعد موضوعية رغم ورودها في قوانين الأصول الجزائية، وبالتالي تسري على الماضي في حالة فائدتها للمتهم.^(٤) وبناءً على ذلك إذا أطل القانون الجديد الميعاد المقرر في القانون القديم، أو وسع في أحواله، يعمل بالجديد على أساس فكرة الأصلح للمتهم، فيستفيد أصحاب المصلحة في الطعن من المواعيد الطويلة والأحوال الجديدة الأنسب لهم، أما إذا قصر القانون الجديد الميعاد المقرر للطعن في القانون القديم، فإنه ينتضي بانتهاه المدة المقررة في القانون القديم.^(٥)

^١ الأستاذ عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجزائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص ٢٤.
^٢ الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٦١.

^٣ ينظر المادة (٣٩٩/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي المعدل النافذ.

^٤ الدكتور عمود عمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصرية، ط ٨، ١٩٦٣، ص ٢٧.

الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط ٤، ١٩٦٢، ص ٩.

دكتور عمر سعيد رمضان، مبادئ الإجراءات الجنائية، ط ١٩٦٨، ص ٢٩.

^٥ دكتور سامي النصاروي، أصول المحاكمات الجزائية، ص ١٣ وما يليها.

أنواع التقادم الجنائي:

التقادم نوعان:

تقادم الدعوى الجنائية، وتقادم العقوبة المحكوم بها نهائياً.

المشرع العراقي يأخذ بتقادم الدعوى الجزائية لا بتقادم العقوبة، إلا في نطاق عدده ذكرته المادة (٦) من أصول المحاكمات الجزائية النافذ،^(١) وبعض القوانين الأخرى منها قانون العقوبات النافذ (٣٧٨م) التي نصها:

١- لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها، إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر، ولا تقبل الشكوى في الأحوال الآتية:

(أ) إذا قُدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

(ب) إذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية على الرغم من اتصال علمه بالجريمة.

(ج) إذا ثبت أن الزنا تم برضا الشاكي.

٢- يُقصد بالزوج في حكم هذه المادة من تتوافر فيه هذه الصفة وقت وقوع الجريمة، ولو زالت عنه بعد ذلك، ويبقى حق الزوج في تحريك دعوى الزنا الذي ترتكبه زوجته إلى انتهاء أربعة أشهر بعد طلاقها".

المادة (٣٧٩) التي نصها:

١- تنقضي دعوى الزنا ويسقط الحق المدني بوفاء الزوج الشاكي أو تنازله عن محاكمة الزوج الزاني أو برضا الشاكي بالعودة إلى معاشرة الزوج الزاني قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى. ويُعتبر تنازل الزوج عن محاكمة زوجته الزانية تنازلاً منه عن محاكمة من زنا بها.

٢- وللزوج كذلك أن يمنع السيد في تنفيذ الحكم الصادر على زوجته، وإذا توفي الشاكي، يكون لكل من أولاده من الزوج المشكو أو الوصي عليهم، أن يمنع السيد في تنفيذ الحكم".

ومن هنا قانون المطبوعات (م٢٠)،^(١) وقد نصت (م٦) من أصول المحاكمات الجزائية النافذة على أنه "لا يقبل الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى".

المادة الثالثة:

١- لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية:

- ف (١) زنا الزوجية أو تعدد الزوجات خلافاً لقانون الأحوال الشخصية.
- ف (٢) القذف أو السب أو إفشاء الأسرار أو التهديد أو الإيذاء، إذا لم تكن الجريمة قد وقعت على مكلف بخدمة عامة أثناء قيامه بواجبه أو بسببه.^(٢)
- ف (٣) السرقة أو الاغتصاب أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو حيازة الأشياء المتحصلة منها، إذا كان المجنى عليه زوجاً للجاني أو أحد أصوله أو فروعه، ولم تكن هذه الأشياء محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً، أو مثقلة بحق لشخص آخر.
- ف (٤) إتلاف الأموال أو تخريبها، عدا أموال الدولة، إذا لم تكن الجريمة مقترنة بظرف مشدد.

- ف (٥) انتهاك حرمة الملك أو الدخول في أرض مزروعة أو مهيشة للزرع، أو أرض فيها محصول، أو ترك الميرانات تدخل فيها.
- ف (٦) رمي الأحجار أو الأشياء الأخرى على وسائل النقل أو بيوت أو مبانٍ أو بساتين أو حظائر.

- ف (٧) الجرائم الأخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها إلا بناءً على شكوى من المتضرر منها.

وينص قانون الإجراءات الجنائية المصري، طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون رقم (٩٥) لسنة (٢٠٠٣)، المادة (١٤) على أنه "تنقضي الدعوى الجنائية بوفاء المتهم، ولا يمنع ذلك من الحكم بالمصادرة في الحالة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون العقوبات إذا حدثت الوفاة أثناء نظر الدعوى".

^١ الرقم (٢٠٦) لسنة ١٩٦٨.

^٢ وقد عُدَّت هاتان الفقرتان.

كما نصت المادة (١٥) على أنه "تنقضي الدعوى الجنائية في المواد الجنائيات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة وفي المواد الجنح بمضي ثلاث سنين، وفي مواد المخالفات بمضي سنة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وبالنسبة لسقوط العقوبة نصّت (٥٢٨م) من قانون الإجراءات الجزائية المصري على أنه "تسقط العقوبة المحكوم بها في جناية بمضي عشرين سنة الميلادية، إلاّ عقوبة الإعدام، فإنها تسقط بمضي ثلاثين سنة، وتسقط العقوبة المحكوم بها في جنحة بمضي خمس سنين، وتسقط العقوبة المحكوم بها في المخالفة بمضي سنتين".

وهذه العقوبات في القانون المصري النافذ متعلقة بنظام مباشرة الدعوى الجنائية، وتنفيذ العقوبات المحكوم بها نهائياً، لذلك وردت في مجموعة الإجراءات الجنائية، لكن هل هي في حقيقتها إجرائية أو موضوعية؟

هناك اتجاهان لفهما القانون الجنائي:

أ- اتجاه ذهب إلى أن هذه القوانين إجرائية تنضج لما تقض له القوانين الإجرائية من ناحية سريانها فوراً، حتى على الدعاوى التي أقيمت من قبل، لأنها متعلقة بالنظام العام، وليس للمدعي بعد ذلك أن يدفع بأنه اكتسب حقاً في خضوعه لقواعد القانون القديم، إن كان أصحح بالنسبة له، فإذا كانت الدعوى أو العقوبة قد تقادمت فعلاً وبالتالي سقطت قبل نفاذ القانون الجديد، فلا يسري عليها هذا الجديد، سواء أكان يُقصر مدة التقادم أم يُطيلها. لكن إذا لم تقادم الدعوى أو العقوبة، فإن الجديد هو الذي يُطبق، سواء يُقصر المدة أو يُطيلها، وسواء أكان في مصلحة المتهم أم لا، مصادم أنه لم يكتسب حقاً بعد.^(١)

ب- وذهب اتجاه ثانٍ إلى أن قواعد تقادم الدعوى والعقوبة معاً، تُعد قواعد موضوعية حكماً، بغض النظر عن ورودها في قانون الإجراءات الجنائية (أصول المعاملات الجنائية)، لأنها تمس في جوهرها أصل الحق في العقاب. فتقادم الدعوى أشبه بالعفو الشامل (العام) من حيث أنه يحول دون إمكان تحريك الدعوى عن الواقعة نهائياً. وتقادم العقوبة أشبه بالعفو عنها، من حيث أنه يحول دون إمكان تنفيذها رغم صدور الحكم نهائياً.

^١ الدكتور سعيد مصطفى سعيد، المرجع السابق، ص ١٣١

الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٦٤.

ويُعد الرأي الثاني أرجح وأولى بالإتباع تغليباً لجوهر نظام التقادم على مذهبه، ولأشاره الموضوعية المحتملة. وليس ثمَّ ما يحول دون القول بأن قواعد التقادم تسري أيضاً بأثر رجعي، أسوة بها متى كان أصلح للمتهم.^(١) وبهذا الاتجاه أخذت محكمة النقض المصرية، حيث ذهبت^(٢) إلى أن قواعد التقادم للدعوى الجنائية رغم كونها واردة في قانون الإجراءات، إلا أنها تسري بأثر رجعي متى ما كانت أصلح للمتهم.

وبناءً على ذلك، يمكن القول بأن العدالة تقضي بمرئان قواعد التقادم على الماضي، مادامت أصلح للمتهم، حتى ولو كان تأريخ الدعوى أو تأريخ الحكم سابقاً على تأريخ نفاذ القانون الجديد.

ومن استثناءات قاعدة عدم مريان القانون الجنائي على ما وقع قبل نفاذه استثناء القواعد الجنائية المفسرة، فهي تسري على الماضي بأثر رجعي، وفلسفة ذلك أنها تتضمن قواعد مفسرة ومتصلة اتصالاً وثيقاً بالقانون السابق، وأنها جزء منه، تُكمل ما نقص فيه وتوضح ما غمض من نصوصه.^(٣)

رب زدني علماً والحمد لله بالصالحين

^١ الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٦٥.

^٢ في قرارها الصادر (٣/٢٤) ١٩٥٢، أحكام النقض، ص ٣، رقم ٣٢٨، ص ٦١٥، نقلاً عن الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٦٦.

^٣ الأستاذ عبد الأمير العكيلي، المرجع السابق، ص ٢٣.

أثر أحكام الشريعة الإسلامية في التشريعات العربية الحديثة

مقدمة

الشريعة الإسلامية هي نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الثابتة، والفقه الإسلامي هي الأحكام الشرعية العملية المستخرجة من الشريعة الإسلامية بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

ويقتب على هذا الفرق ما يأتي:

- ١- نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل بخلاف النصوص الفقهية فانها كالنصوص القانونية تتأثر بالمتغيرات والمستجدات فتتغير بتغير الزمان والمكان ما لم يكن الحكم الفقهي منصوحا عليه بنص قطعي الدلالة او مجمعا عليه.
- ٢- الشريعة ملزمة عقيدة وعملا لكل انسان بالغ عاقل بخلاف الفقه فلا يلزم الانسان باعتناق مذهب معين كما انه لا يجوز ان يلزم نفسه بذلك مدى الحياة، فقال سبحانه تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(١).
- ٣- الفقه يحتمل الخطأ والصواب فكل مجتهد مصيب ومخطئ. بخلاف الشريعة لان مصدر الشريعة هو الوحي ومصدر الفقه هو الاجتهاد.

القرآن دستور والفقه قانون:

القرآن دستور الهي خالد ووظيفة الدستور التخطيط والتصميم لتنظيم الحياة ووضع القواعد الكلية التي يتقيد بها المشرع الوضعي.

فالقرآن اقتصر على القواعد الكلية ودخل العقل البشري ارجاع الجزئيات الى تلك الكليات في ضوء متطلبات الحياة في كل زمان ومكان. القرآن صنع دائرة من الاخلاق وقال للعقل البشري قهرك بحسب مستلزمات ومستجدات الحياة شرطية ان يكون هذا التحرك داخل هذه الدائرة فقال: ﴿وَلَكِنْ حُدِّدْهُ اللَّهُ فَلَا تَعْتَدُوا﴾^(٢).

(١) سورة النحل - الآية: ٤٣.

(٢) سورة البقرة - الآية: ٢٢٩.

وبناء على هذه الحقائق فإن المكلف بتنظيم الحياة عن طريق التشريع هو العقل البشري وان زهاء ٦٠٪ من قوانين جميع دول العالم الاسلامي وغير الاسلامي لا يتعارض مع المستوي الالهي (القرآن الكريم) لان كل عمل اجتهادي نتاج العقل، والعقل واحد فلا فرق بين عقل المسلم وغير المسلم في هذا المجال.

الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية

الفقه الاسلامي نشأ مع نشأة النصوص منذ عهد الرسالة وقد تولاك لنا وللأجيال القادمة فقهاء الشريعة الاسلامية ثروة فقهية عظيمة غنية لو استثمرت بصورة صحيحة لأغنت جميع القوانين العربية وغير العربية الاسلامية.

وهذه الثروة الفقهية اشبه بمعدن من الذهب يحتاج الى عقول ناضجة وأيد خبيجة تقوم باستخراج المعدن الصافي وعزله مما لم يبق له اية فائدة من الناحية العملية، والفقه الاسلامي اليوم بأمر الحاجة الى اعادة النظر وحذف الامثلة البالية كالعبد والمجارية وتقنين ما هو الراجح والملائم للحياة المتطورة والمضارة البشرية الحديثة والزام جميع الناس به للقضاء على الخلافات المذهبية والطائفية التي اصبحت اليوم اخطر مرض اصابته به الامة الاسلامية العربية.

ورؤساء الدول الاسلامية بوجه عام والدول العربية بوجه خاص مسؤولون امام الله وامام شعوبهم عن افعال هذه المهمة الخطيرة وغض عيونهم عما يجري في العالم الاسلامي من الصراعات المذهبية والطائفية.

مدى تأثير القوانين العربية الحديثة بالشريعة الاسلامية

تأثرت التشريعات العربية بهذه الشريعة اكثر من غيرها لأسباب كثيرة اهمها:

١- الشريعة الاسلامية كانت القانون الوحيد في جميع التنظيمات الحياتية لهذه الامة منذ عهد الرسالة مارة بخلافة الراشدين والامويين والعباسيين الى نهاية العهد العثماني وبداية احتلال الدول الاستعمارية الغربية للعالم العربي.

٢- ان الامة العربية هي المكلفة من عند الله بايصال شعاع الاسلام الى كل زاوية مظلمة من زوايا كوكب الارض، قال تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ

بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ^(١)، فالمفروض ان تكون القوانين العربية يقتضي بها العالم غير العربي ليكمل بها نواقص تشريعاته، ولكن من المؤسف ان نرى اليوم هذه الحقيقة معكوسة ونجد اكثر القوانين العربية مستوردة من الدول الغربية ومرد ذلك الى امرين:

أحدهما: جهل اكثر المسؤولين والقانونيين بأبعاد الشريعة الاسلامية واهمية احكامها وعدم التمييز بين الدين والشريعة، فالدين معتقدات وعبادات والشريعة تنظيم للحياة والقرآن فرق بينهما فالدين مشترك بين جميع الاديان السماوية، قال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ^(٢)»، ولكن لكل امة شريعة ومنهاج خاص قال سبحانه: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا^(٣)».

والثاني: احتلال الدول الغربية الاستعمارية للعالم العربي بعد الحرب العالمية الاولى وكان لهذا الاحتلال الاثر السيء الذي انعكس على الشعوب العربية في معتقداتهم وعاداتهم وتقاليدهم بحيث زعم البعض ولا يزال يزعم ان الاتجاه والسير على هدى الشريعة الاسلامية رجعية وتقهقر الى الوراء، بينما اتباع النهج الغربي من سمات الحضارة والتقدم والتطور.

ولكن بعد ان تحررت الدول العربية من الاستعمار البغيض اخذت تتجه نحو السير على روح الشريعة الاسلامية وبناء حضارتها على أسس جديدة وفي مقدمتها القيم السامية وكان العراق في مقدمة تلك الدول في القانون المدني القائم والاحوال الشخصية ورغم هذا التحرك الجديد نحو الشريعة الاسلامية لا تزال القوانين العربية الحديثة منقسمة على اتجاهين متعاكسين اتجاها متأثر بالفقه الغربي واتجاها اخر القرب كثيرا الى الشريعة الاسلامية ودراسة هذا الموضوع بصورة صحيحة كافية وافية تتطلب استقراء تاما ودراسة ميدانية للمقارنة بين الشريعة الاسلامية وجميع فروع القانون في البلاد العربية وهي تتطلب مجلدات لذا اقتصر على نماذج مختصرة لثلاثة انواع من القوانين قانون الاحوال الشخصية والقانون المدني وقانون العقوبات وذلك في ثلاثة مباحث.

(١) سورة آل عمران - الآية: ١١٠.

(٢) سورة الشورى - الآية ١٣.

(٣) سورة المائدة - الآية: ٤٨.

المبحث الأول

اثر الاحكام الشرعية

في قوانين الاحوال الشخصية العربية الحديثة

قانون الاحوال الشخصية هو مجموعة قواعد عامة تنظم العلاقات الاسرية وتحدد حقوق والتزامات كل فرد من حيث مركزه في الأسرة.

الاستعمار الغربي لم يستطع طوال العصور الماضية ان يؤثر على الشعوب العربية في العلاقات الاسرية، ولا تزال القيم الدينية والاخلاقية السامية هي الاساس لتلك العلاقات لذا ظلت قوانين الاحوال الشخصية محتفظة بمصدرها الاصلي وهو الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي دون تقيد اكثرها بمذهب معين، ولسعة الموضوع وضيق المجال اقتصر على نماذج منها حسب تسلسلها التاريخي:

لولا: قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ للعدل بقانون الاحوال الشخصية المجيد رقم (٤٤) لسنة ١٩٢٩.

قبل العهد الفاطمي كان المذهب الرسمي في القضاء المصري هو المذهب الشافعي ثم حل محله المذهب الحنفي ثم تم تقنين اكثر احكام الاحوال الشخصية فصدرت القوانين الآتية بعد قانون ١٩٢٠ اهمها:

١- قانون الولاية على النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢.

٢- قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

٣- قانون لائحة ترتيب المعاكم الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٣١.

٤- قانون المهرات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣.

٥- قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

ولم يخالف المشرع المصري في هذه القوانين احكام الشريعة الاسلامية غير انه يلاحظ عليه ما يأتي:

أ- يحدد جميع احكام الاحوال الشخصية في قانون واحد.

ب- معالجته لهذه الأحكام ليست بطريقة متسلسلة طبيعية كسائر قوانينه البلاء العربية رغم أن مصر كانت مركز الثقافة الإسلامية. غداً في معالجته أحكام الوصية يعتبر أدق وأشمل وافقه القوانين العربية في هذا الموضوع.
ج- لم يعل القاضي إلى الفقه الإسلامي بصورة عامة أو إلى مذهب معين كما فعل في القانون المدني.

فأما: مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة ١٩٥٧^(١)

تناولت هذه المجلة أحكام الزواج والطلاق في (٨٤) فصلاً وأحكام المواريث في الفصول (٨٥-١٥٧) وأسباب الحجر (١٥٣-١٧٠) والوصية (١٧١-١٩٩) والهيبة (٢٠٠-٢١٣) ويلاحظ على هذه المجلة أنها خرجت عن الشريعة الإسلامية في مسألتين: أحدهما: اشتراط الشكليات لوقوع الطلاق فنص الفصل (٣٠) على أنه (لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة).

والثانية: اقرت مشروعية التهنيت في ملحق ونظم أحكامه في الفصول (٨-١٥) ونصت في الفصل (١٥) على أن (للمتني نفس الحقوق التي للأبن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتني إزاء المتني نفس الحقوق التي يقرها القانون للابوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما). ونأمل أن يعيد المشرع التونسي النظر في هاتين المسألتين وينظمهما بما لا يصطدم مع نصوص الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: مدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة ١٩٥٧^(٢)

نظمت أحكام الزواج في الفصول (١-١٤) وأحوال ميثاق الزوجية في (٤٤-٨٢) والولاية ونتائجها في (٨٣-١٣٢) والأهلية والنيابة الشرعية في (١٣٣-١٧٢) والوصية في (١٧٣-٢١٦) والمواريث في (٢١٧-٢٩٧) وفي نهاية كل موضوع نص فصل على أن: (كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجع والمشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك).

(١) نشر بالرائد للجمهورية التونسية، عدد ٦٦، ١٧/أوت/١٩٥٦.

(٢) نشرت بالمريدة الرسمية، العدد (٢٣٥٤)، ٦/دجنبر/١٩٥٧.

وتتميز هذه المدونة بالميزات الآتية:

أ- تناولت احكام اكثر المسائل المهمة في الاحوال الشخصية بطريقة متسلسلة واضحة في صياغتها شاملة في بيانها اضافة الى انها لا تشتمل على حكم مخالف للشرعة الاسلامية.

ب- قانون وحيد يسمي الزواج ميثاقاً ولم يعتبره عقداً وحسناً فعل لانه مطابق لقوله تعالى ﴿وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾^(١).

ج- قانون وحيد عالج حكم الطلاق في الحيض وأخذ برأي وسط بين القول بوقوع الطلاق والقول بعدم وقوعه أخذاً بمذهب الامام مالك رحمه الله فنص الفصل (٤٧) على انه: (إذا وقع الطلاق والمرأة حائض اجبر القاضي الزوج على الرجعة)، غير انه يلاحظ على هذه المدونة انها تحيل القاضي في كل مسألة لم تتناولها الى مذهب الامام مالك فهذا المذهب رغم انه اقرب المذاهب الى الواقع وان الفقه الفرنسي تأثر به ٤٠% بسبب الدراسات التي جرت في المقارنة بين الفقه الفرنسي وهذا الفقه الا ان التمسك بمذهب معين في كل شيء امر مرفوض في المنطق الاسلامي.

رابعاً: قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

من الفتح الاسلامي الى الاحتلال الانكليزي كان القانون الذي يلتزم به القضاء العراقي بتطبيقه هو الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي وبوجه خاص فقه ابي حنيفة وفي عهد الاحتلال اصدر قائد جيش الاحتلال البريطاني بياناً في كانون الاول ١٩١٧ هوجبه اصبحت مسائل الاحوال الشخصية للامامية من اختصاص المحاكم المدنية تحكم فيها وفقاً للمذهب الجعفري ومسائل الاحوال الشخصية لأهل السنة من اختصاص المحاكم الشرعية تحكم فيها بالمذهب الحنفي وفي العهد الملكي تم اقرار هذا التمييز كما صدر قانون الاحوال الشخصية للجانب ١٩٣١^(٢).

وفي العهد الجمهوري صدر قانون رقم ١٨٨ غير ان هذا القانون ولد ناقصاً فلم يتناول اكثر مسائل الاحوال الشخصية وفي مقدمتها احكام الميراث بل احوال المأددة (٩٠) القاضي الى ما كان عليه قبل تشريع هذا القانون بالنسبة لتوزيع التركات لم اجريت

(١) سورة النساء - الآية: ٢١.

(٢) شرح قانون الاحوال الشخصية، للاستاذ عمن ناجي، ص: ١١ وما بعدها.

عليه تعديلات استحدثت أحكاما أكثرها بعيد من الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والإسلامية ومن هذه الأحكام ما يأتي:

١- تنص (م/١) على أنه: (يعتبر عقد الزواج باطلا إذا لم يتم الدخول، المفهوم المخالف لهذا الشرط هو ان الباطل يتحول الى الصحيح بالدخول ولو كان بالاكراه على اساس انه اجازة لاحقة ولم يقل اي قانون في العالم بان الباطل يتحول الى الصحيح بالاجازة اللاحقة. لذا اترح تبديل تعبير: (باطلا) بتعبير (موقوف او فاسدا).

٢- تنص (م/٤٣) على ان للزوجة طلب التفريق: (إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه)، جميع قوانين الدول الإسلامية وغير الإسلامية لا تعطي هذا الحق للزوجة الا بعد مضي سنة على الأقل من تنفيذ الحكم باستثناء القانون الروسي.

٣- تنص (م/٤٣) على ان للزوجة طلب التفريق: (إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه)، مع ان القرآن الكريم نص على ان لهذه الزوجة حق طلب تفريق بعد اربعة اشهر قال تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْكَلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١)، لان سبب الحكم ضد الزوجة وعلته ازالة هذا الضرر سواء حلف اليمين على الهجر او لا.

فقرتان متتاليتان في مادة واحدة اولاهما ضد مصلحة الزوج والثانية ضد مصلحة الزوجة.

٤- المادة (٢/٩١)^(٢) المعدلة اعطت للبنت مركزا اقوى من مركز الابن بدلالة المادة (٩٠) فمن مات من اهل السنة عن جد وجدة وابن لكل منهما السدس والباقي للابن، واذا مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت، وهذا ما لم يقل به اي قانون في العالم، لذا اترح تعديل هذه الفقرة بالعبارة التالية: (وتكون البنت بمثابة الابن في الحجب).

(١) سورة البقرة - الآية ٢٢٦.

(٢) نص الفقرة: (٢- تستحق البنت والبنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الآخر فروعهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم).

٥-العراق البلد الوحيد في العالم الاسلامي توزع التركات فيه على الورثة بطريقتين تختلفت في القضاء بالنسبة لفتتين مؤمنتين باله واحد ونبي واحد وقرآن واحد وقبلة واحدة ووطن واحد ومصر واحد.

وعلى سبيل المثل من مات عن ابن بنت وابن عم الفقه السني يعطي كل التركة لابن العم، لأنه من العصبات، بينما الفقه الجعفري يعطي كلها لابن البنت، لأنه من المرتبة الأولى والدرجة الثانية من الورثة، فأحد الحكمين باطل لان حكم الله واحد.

خامساً: القانون السوري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥

ورد في المذكرة الايضاحية لمشروع هذا القانون (ص٦) ما يأتي: كانت الحكومة العثمانية قد حصرت القضاء والافتاء بالصحيح الراجح من مذهب ابي حنيفة وسارت المحاكم ودوائر الفتوى على ذلك امدا طويلا تبين بعد ان من الضروري العدول عن القول الراجح في المذهب احيانا والأخذ من المذاهب الثلاثة الاخرى ومن مذهب هذه الائمة الاربعة حيناً وجمع الاحكام الشرعية في مجموعات قانونية وذلك:

١-لان في للمذهب (الي الحنفي) كثما من الاقوال المتعددة التي لم يبين ايها الراجح فكان الاختلاف من جراء ذلك في القضاء والافتاء كثما.

٢-لان المذهب الحنفي واسع وفروعه كثيرة وكتبه متعددة فكان يصعب على بعض القضاة وعلى المتخصصين الوصول الى الحكم بسهولة وسرعة.

٣-لما تفهم من الاحراف وما جد من الحوادث التي دعت الضرورة للأخذ فيها بغير ما استقر عليه المذهب الذي بنى حكمه في امثاله على حرف ذلك العصر وحوادثه. وقد تضمن هذا القانون احكام الزواج في المواد (١-٨٤) والحلال الزواج (٨٥-١٢٧) والنسب (١٢٨-١٦١) والأهلية والنيابة والولاية الشرعية (١٦٢-٢٠٦) والوصية (٢٠٧-٢٥٩) والموارث (٢٦٠-٣٠٥).

ونصت (م/٣٠٥) على ان كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى القول الارجح في المذهب الحنفي.

ولا نهد في هذا القانون حكما يتعارض مع احكام الشريعة الاسلامية غير انه يلاحظ عليه احالة القضاء الى مذهب واحد في حالة غياب النص.

سلباً: القانون الأردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦

تناول أحكام الزواج في المواد (٨١-١) والطلاق (٨٢-١٠١) والمخالعة (١٠٢-١١٢) والتفريق (١١٣-١٣٤) والعدة (١٣٥-١٤٦) والنسب (١٤٧-١٤٩) والرضاع (١٥٠-١٥٣) والحضانة (١٥٤-١٦٦) ونفقة الاقارب (١٦٧-١٧٦) وأحكام المفقود (١٧٧-١٧٩) وميراث الاولاد الأم (م١٨٠) والوصية الواجبة (م١٨٢).

ونبت المادة (١٨٢) على أن (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجع من مذهب ابي حنيفة) ويلاحظ على هذا القانون ما اوردناه على القانون السوري اضافة الى ما في هذا القانون من نواقص كثيرة في أحكام الاحوال الشخصية ويوجه خاص أحكام الميراث والوصية.

سلباً: القانون الجزائري لسنة ١٩٨١

جاء في مقدمة مشروع هذا القانون ما يأتي: اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الاساسية التالية:

١- القرآن الكريم.

٢- السنة النبوية الثابتة بثبوتها مقبولا عند علماء الحديث.

٣- الاجماع.

٤- القياس.

٥- الاجتهاد.

٦- الفقه على المذاهب الاربعة وعند غير الائمة الاربعة في بعض المسائل.

٧- ركنا على نصوص تشريعية اخرى لنول شقيقة هي:

٨- قانون الاحوال الشخصية السوري.

٩- مدونة الاحوال الشخصية المغربية.

١٠- مدونة الاحوال الشخصية التونسية.

وتناول أحكام الزواج في المواد (١-٤٢) والحلال الزواج (٤٣-٦٢) ونفقة الزوجة والاقارب (٦٣-٦٩) والاهلية (٧٠-٧٥) والولاية (٧٦-٨٠) والوصاية (٨١-٩٧) والمفقود الغائب (٩٨-١٠٤) والكفاءة (١٠٥-١١٥). وأحكام الميراث (١١٦-١٨٨) والوصية (١٨٩-٢٠٦) والهبه (٢٠٧-٢١٧) والوقف (٢١٨-٢٢٨).

ويعتبر هذا القانون اشمل وأدق القوانين العربية في احكام المعاث واكثرها تأثيراً بأحكام الشريعة الاسلامية دون تقليد بمذهب معين.

فامنا: القانون اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢

نصت المادة الاولى من هذا القانون على انه يسمى هذا القانون قانون الاحوال الشخصية.

وتناول احكام الزواج في المواد (٢-٤٢) والاحلال الزواج واحكامه (٤٣-٨٩) والطهارة والايلاء واللعان والمفقود (٩٠-١٢٠) والنسب والرضاعة والحضانة (١٢١-١٤٨) والنفقات واحكامها (١٤٩-١٦٧) والهبة (١٦٨-٢٠٢) والهدية (٢٠٣-٢٠٥) والصدقة (٢٠٦-٢٠٧) والنذر (٢٠٨-٢١٩) والوصية (٢٢٧-٢٩٨) والميراث (٢٩٩-٣٥١).

ويعتبر هذا القانون اشمل قانون عربي استقى مباشرة من الفقه الاسلامي دون تقليد بمذهب معين، وله ملحق وهو قانون الاثبات رقم (٢١) لسنة (١٩٩٢)، وهو ايضا يمثل احكام الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي.

ولخيق المجال اكتفي بهذه القوانين العربية الحديثة للأحوال الشخصية كنماذج لأثر احكام الشريعة فيها ولنا امل وطيد ان يكون يوم توحيد هذه القوانين قريباً حتى يصبح القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية قوة لقوانين سائر البلاد الاسلامية.

المبحث الثاني

أثر أحكام الشريعة

في القوانين المدنية العربية الحديثة

القوانين المدنية في جميع دول العالم تنظم العلاقات المالية بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ومستلزمات هذه العلاقات خاضعة للتطور والتغيير في كل زمان ومكان لأنها من تاج العقل السليم والعقل واحد لدى كل انسان وانما الفروق بالممارسة والخبرة والتأثر بالمعتقدات والمستوى الثقافي وفهم الحياة.

ونجد ان القرآن الكريم اقتصر في هذا المضمار على بيان مبادئ عامة لا تتأثر بالتغيرات والمستجدات والتطورات الاقتصادية، ومن هذه المبادئ:

١- التراضي في عقود المعاوضات، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) والتراضي من باب تفاعل للمشاركة فلا يكفي رضا احد الطرفين دون الآخر.

٢- طيبة النفس في التبرعات، قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾^(٢).

٣- التوازن بين العرضين في العقود الملزمة للجانبين، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣)، والمراد بالبيع كل عقد يتوفر فيه التوازن بين العرضين، والمقصود بالربا كل عقد معاوضة يحتل فيه التوازن بكسب احدهما مصطحة على حساب الآخر بدون مجرد شرعي.

٤- الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقود: قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، اي اوفوا بالالتزامات المترتبة على العقود.

(١) سورة النساء - الآية ٢٩.

(٢) سورة النساء - الآية ٤.

(٣) سورة البقرة - الآية ٢٧٥.

(٤) سورة المائدة - الآية ١.

٥- على كل انسان يكون في ذمته او حيازته حق للغير ان يرده لصاحبه وان لم يطالب به او لم يملك بينة، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١)، والمراد بالامانة كل ما يجب على الانسان ان يقوم به تجاه غيره.

٦- توثيق العقود ورعاية الشككية في كل عقد يتعرض للخصومات والمنازعات، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَعْتُمْ بَيْنَ يَدَيْنِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْقَدْلِ.. وَاشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ.. وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٢).

هذه المبادئ الست والقواعد الكلية لا تتغير بتغير الزمان والمكان ومستجدات الحياة لذا اقتصر عليها القرآن وخول العقل البشري ارجاع الجزئيات الى تلك الكليات وتنظيم حياته الاقتصادية ومطلبات معاملاته المالية شريطة ان يكون تحرك العقل داخل اطار من الاخلاق لان هذا الاطار من حدود الله، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(٣).

وبناء على ذلك فان نسبة كثيرة من القوانين المدنية في العالم لا تتعارض مع الشريعة الاسلامية سواء كانت متأثرة بها او لا، وفي حالة التأثير بها تكون نسبة التوافق اكثر كسا في قوانين الدول العربية والاسلامية لأنها منذ فجر الاسلام كانت خاضعة لهذه الشريعة في جميع علاقاتها لكن بعد احتلالها من الدول الاستعمارية حلت محل الشريعة الاسلامية قوانين حديثة وهي متأثرة بتشريعات تلك الدول الاستعمارية، ويعد تحررها أخذت تتجه نحو استرداد مجدها الاول وتقترب من الشريعة الاسلامية التي كانت تحكم هذه الأمة في أوج عظمتها حيث كانت شعوب سائر الدول يحكمها قانون الغاب.

غير ان هذه النهضة التشريعية الحديثة نجدها متفاوتة في القوانين المدنية الحديثة فمنها متأثرة بالشريعة الاسلامية ١٠٠% كالقانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢ والقانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ومنها متأثرة بها ٩٠% كالقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والقانون الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠. ومنها تأثرها بالشريعة الاسلامية لا يزيد على تأثرها بالفقه الغربي والقوانين الاجنبية الحديثة في العالم غير الاسلامي كالقانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والقوانين

(١) سورة النساء - الآية ٥٨.

(٢) سورة البقرة - الايتان ٢٨٢-٢٨٣.

(٣) سورة الطلاق - الآية: ١.

العربية الأخرى المتأثرة بالقانون المصري كالمصري والسوري والليبي واللبناني.

ولعدم إمكان احصائية دقيقة في هذا المجال وتعذر الإحاطة بجميع المسائل التي تثار فيها القانون المدني العربي بالشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي اكتفي بذكر بعض الشواهد على نسبة التأثير وبعض الأحكام المترتبة على هذا التأثير سواء كان ذلك بالنسبة للفقه الغربي أو الفقه الإسلامي.

من الشواهد على التأثير بأحد الفقهين الإسلامي والغربي

١- القانون المدني العراقي النافذ: المادة (١) (١) - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، دون التقييد بمذهب معين، فإذا لم يوجد، فبمقتضى قواعد العدالة.

٢- القانون المدني الأردني النافذ: المادة (٢) (١) - تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بالفاظها ومعانيها ولا مسأغ للاجتهاد في مورد النص. ٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. ٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم يوجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشتط في العرف أن يكون عامساً وقديماً، ثابتاً ومضطرداً، ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب.

٣- القانون المدني القطري النافذ: المادة (١) (١) - تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. ٢- إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة.

٤- القانون المدني اليمني النافذ: المادة (١) (١) - يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه، يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد، حكم القاضي بمقتضى العرف المجاز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف، فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة

الاسلامية جملة، ويُشترط في العرف أن يكون عاماً ثابتاً ولا يتعارض مع نظام العام والأداب العامة).

وخلاصة ما ورد في القوانين المذكورة: القانون المدني العراقي (م١) والمصري (م١) والسوري (م١) والليبي (م١) والكويتي (م١): (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة).

ويلاحظ على هذه القوانين ما يلي:

١- قَدَمَ العراقي العمل بالعرف على العمل بالشريعة الاسلامية.
٢- قُيدت مبادئ الشريعة الاسلامية بالملائمة، علماً بأنه لا يوجد في هذه الشريعة مبادئ غير ملائمة، فكان المفروض ان يذكر الفقه الاسلامي بدلا من الشريعة الاسلامية.

٣- تعبیر: (في لفظها أو فحواها) الوارد في هذه القوانين، باستثناء القانون الكويتي والقانون القطري، تعبیر غير دقيق، فالصواب: (بمنطوقها أو مفهومها)، لأن الاول يعطي الصلاحية للقاضي ان يستقي الاحكام من النصوص عن قناتين فقط، وهما المنطوق الصريح والمفهوم الموافق، في حين ان الثاني يعطي الصلاحية عن ست قنوات، وهي: (المنطوق الصريح، ودلالة الاشارة، ودلالة الاقتضاء، ودلالة الايماء، والمفهوم الموافق، والمفهوم المخالف).

٤- يوجد تناقض في القانون المدني الكويتي النافذ بين تأثره بالقانون المدني المصري وبين ما جاء في مقدمته (ص١٣): (اصبح للكويت قانون مدني على مستوى رفيع وتفق مع احكام الشرع الاسلامي الاغرا).

٥- قرأت رسالة لدى استاذنا الفاضل المحرم ضياء شيت خطاب، بخط المحرم السنهوري، الذي ساهم في اعداد مشروع القانون المدني العراقي النافذ وهو يعاتب من معه في لجنة الاعداد على تقديمهم العرف على الشريعة الاسلامية.
وردد في مجموعة الاعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري الجديد ما يأتي:

وقد استند المشروع الى مصادر اربعة:

أولاً: القانون المدني الحالي (اي القانون المدني القديم المختلط، ومن الواضح ان هذا القانون الذي أصبح مصدراً كان في عهد الاحتلال البغيض وساهم في تشريعه من لا اخلاص له للعرب ولا صلة له بالاسلام)^(١).

ثانياً: القضاء المصري: وقد توسع المشروع في الأخذ بأحكام ما استقر من هذا القضاء.

ثالثاً: التقنيات المدنية الحديثة ففي فجر القرن التاسع عشر بدأت حركة واسعة في التقنين المدني كانت باكورتها القانون الفرنسي (قانون نابليون) وأعقبته تقنيات أخرى لاتينية نسجت على غرارها في ذلك القرن وقد اقتضى مشروعنا المصري حذو هذه التقنيات.

رابعاً: الشريعة الإسلامية وقد استمد المشروع كثيراً من نظرياتها العامة وكثيراً من أحكامها التفصيلية.

ويستنتج من هذه الشواهد وغيرها ان نسبة التأثير بأحكام الشريعة الإسلامية في القانونين الأردني واليميني زهاء ١٠٠٪ وان نسبة التأثير بالشريعة الإسلامية في القوانين المتأثرة بالقانون المصري باستثناء القانون المدني العراقي ٢٥٪.

من الآثار المترتبة على التأثير بالفقهين الاسلامي والغربي

من الآثار المترتبة على الاختلاف في التأثير بالشريعة الإسلامية (او الفقه الاسلامي) والفقه الغربي ما يأتي:

أولاً: تقسيم العقود:

اختلفت القوانين المدنية العربية الحديثة في تقسيم العقد بحسب اختلافها في التأثير بالفقه الاسلامي او الغربي.

فاتجهت القوانين المتأثرة بالفقه الاسلامي الى التقسيم الخماسي او الرباعي بينما اخذت القوانين الأخرى بالتقسيم الثلاثي السائد في الفقه الغربي.

(١) ملاحظة ما بين القوسين من تعليلي وليس من مجموعة الاعمال التحضيرية.

أ-التقسيم الخماسي:

من القوانين التي اخذت بهذا التقسيم قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المواد (٦ و ٢٢) والقانون المدني العراقي النافذ للمواد (١٦٧-١٧٥) والقانون المدني اليمني القائم المواد (١٤١-١٤٧) فقسمت هذه القوانين العقد الى العقد الباطل والفاسد والموقوف والنافذ غير اللازم والنافذ اللازم.

١-**العقد الباطل:** هو العقد الذي لا يكون مشروعاً ولا بأصله ولا بوصفه بان اختل ركن من اركانه او شرط من شروط انعقاده. والباطل والمعدوم سريان فلا تترتب عليه آثاره الشرعية (القانونية الأصلية).

٢-**العقد الفاسد:** هو العقد الذي يكون مشروعاً بأصله (شروط انعقاده) وغير مشروع بوصفه (شروط اكماله) وله وجود قانوني (شرعي) لكن يجب فسخه من العاقدين ومن القاضي بعد علمه به او ازالة فساد، فاذا ازيل هذا السبب يتحول الى الصحيح تلقائياً بخلاف الباطل فانه لا ينقلب الى الصحيح اذا ازيل سبب بطلانه بل يجب ان يستأنف مجدداً اذا اراد العاقدان.

٣-**العقد الموقوف:** هو العقد الذي ينعقد صحيحاً لكن لا ينتج اثاره (الحقوق والالتزامات) الا بعد اجازة من له حق مباشرته، كبيع الفضولي فينعقد في مذهب الامام مالك وابي حنيفة وبه اخذ القانون المدني العراقي والاردني واليمني وينتج اثاره بعد اجازة المالك بالاثّر الرجعي، وعقد ناقص الاحلية اذا كان من المعارضات، غير ان المشرع العراقي اعتبره موقوفاً في المادة (٩٧) متأثراً بالفقه الاسلامي وهذا قابلاً للإبطال في المادة (٣/١٣٨) متأثراً بالفقه الغربي وبذلك وقع في التناقض.

٤-**العقد النالذ غير اللازم:** هو العقد الذي ينعقد صحيحاً وينتج اثاره غير ان لكل من العاقدين او لأحدهما فسخه بإرادته المنفردة لطبيعته كمقد الوكالة والاعارة بالنسبة للعاقدين وعقد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن او لسبب عارض كخيار من الحيازات المقتنة بالعقد.

٥-**العقد النالذ اللازم:** هو العقد الذي لا يحق لأي من العاقدين فسخه بإرادته المنفردة بعد توافر شروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه كمقد البيع.

وهذا التقسيم الخماسي هو مذهب أبي حنيفة وقد علل قوله بأن العقد الفاسد كمرحلة بين مرحلتين الصحة والإبطال بأنه لو اعتبر باطلاً للزمت التسوية بين ما هو مشروع بأصله

وغير مشروع بوصفه (أي الفاسد) وبين ما ليس مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه (الباطل) وهذا خلاف العقل السليم والمنطق.

ولو اعتبر صحيحاً للزمت التسوية بين المشروع بأصله ووصفه (الصحيح) والمشروع بأصله وغير المشروع بوصفه وهذا أيضاً يصطدم مع العقل السليم والمنطق.

ب- التقسيم الرباهي:

أخذ به المشرع العراقي في المدني النافذ وقسمه إلى الأقسام المذكورة باستثناء العقد الفاسد رغم أنه أخذ به في قانون الأحوال الشخصية كما ذكرنا، وهذا هو رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية فنظم المدني العراقي أحكام هذه الأقسام الأربعة في المواد (٩٧، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨).

ج- التقسيم الثلاثي:

وهو تقسيم غربي يقسم العقد إلى الباطل والقابل للإبطال والصحيح، والقابل للإبطال في الفقه الغربي يساري مفهوماً وتطبيقاً النافذ غير اللازم في الفقه الإسلامي رغم خلط بعض شراح القانون المدني في العراق وفي مصر بينه وبين العقد الموقوف.

وأخذ بهذا التقسيم كل قانون متأثر بالقانون المصري المتأثر بالفقه الغربي كالمصري السوري والليبي واللبناني والكويتي.

وتقع مسؤولية القوانين العربية التي وقعت في التناقضات نتيجة الأخذ بالتقسيم الثلاثي على فقهاء القانون في العالم العربي.

رغم اعتراف هؤلاء الفقهاء بأهمية العقد الفاسد والعقد الموقوف وعلى سبيل المثال دون الحصر استشهد برلي فقيهين كبيرين وعالمين جليلين من علماء القانون في مصر.

يقول المرحوم السنجري^(١): "على الرغم من أن العقد الفاسد في المذهب الحنفي لا ينتج في الأصل أثراً وأن وجوده على خطر الزوال إذ هو مستحق الفسخ يقوم بدور مهم في حماية الغير وحماية العاقد نفسه فهو بعيد عن أن يكون عقداً باطلاً لا أثر له فالعقد الفاسد يفارق العقد الباطل في أمر جوهري وهو أنه إذا لزم منه الفساد انقلب صحيحاً وانتج أثره لا كواقعة مادية بل كتصرف شرعي"^(٢)

(١) مصادر الحق: ٢٧٤/٤، نقلته باختصار فمن أراد المزيد فليراجع هذا المرجع.

ثم يقول: وقد اثنى فقهاء القانون على صنيع أبي حنيفة هذا لان العقد الفاسد يحسي كثيرا من العقود من الانهيار.

ويقول الاستاذ سليمان مرقس^(١): "من الضروري ان يعصل القضاء المصري بالعقد الموقوف رغم سكوت المشرع، ومن الضروري التمييز بين العقد القابل للإبطال، والعقد الموقوف في الشريعة الاسلامية عقد توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة غير انه صدر من شخص لا ولاية له في انشائه كعقد الفضولي وعقد الوكيل خارج حدود وكالته وعقد الوصي خارج حدود وصايته وحكمه: ان لا يترتب عليه اثر قبل الاجازة في حين ان العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره من وقت إبرامه، ولم يذكر التقنين الحالي (القانون المدني المصري الجديد) شيئا من العقد الموقوف إذ اقتصر على العقد الصحيح والباطل والقابل للإبطال، فكان ذلك سببا في الخلط أحيانا كثرة بين العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف، وقد أدى ذلك الى وصف بعض العقود بأنها قابلة للإبطال لمجرد صلاحيتها لوروده الاجازة عليها، على الرغم مما هو مسلم بأن هذه العقود لا تنتج قبل اجازتها اي اثر كعقد الوصي او الولي خارج حدود ولايته دون اذن المحكمة وعقد الفضولي ونحو ذلك والصواب ان هذه العقود موقوفة على الاجازة".

اهمية التقسيم الخماسي

لهذا التقسيم أهمية كبيرة في الحياة العملية منها:

١- في العقد الموقوف حماية لمصلحة من تقرر التوقف لمصلحته كمصلحة ناقص الاهلية في تصرفاته من المعارضات ومصلحة المالك في العقد الفضولي ومصلحة الدائن للمرتهن في بيع المرهون عن الدين بدون اذن للدين الراهن لان التوقف يحسي مصلحته اكثر من حق التتبع ونحو ذلك.

٢- في العقد الفاسد حماية كثير من العقود من الانهيار حيث تتحول تلك العقود الفاسدة الى صحيحة بمجرد ازالة سبب فسادها لو الاجازة اذا كان فساد العقد للاكراه.

٣- في الزواج الفاسد بخلاف الباطل اذا حصل الدخول تترتب عليه الآثار الشرعية الآتية:
أ- نسب الولد الذي يتكون من هذا الدخول شرعي حماية لمستقبله.

(١) الوالي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد والارادة المنفردة: ٤٢٤/١ - ٤٢٦، وأصول الالتزامات ص ٢١١، نقلته باختصار.

- ب- على المدخول بها العدة من تاريخ التفريق بينهما كالمطلقة.
- ج- يجب للمدخول بها مهر المثل او الاقل منه من المسمى تعريضاً عن الضرر المعنوي الذي لحق بها.
- د- تسقط عقوبة الزنا للشبهة.
- هـ- تثبت به المصاهرة كالدخول الشرعي.

ثانياً: في المسؤولية التقصيرية

في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي عناصر المسؤولية التقصيرية: (الخطأ + الضرر + علاقة السببية).

والخطأ في الفقه الغربي " هو الاخلال بواجب قانوني مع ادراك المخل آياه، فيتوقف الخطأ على عنصرين: مادي (هو الاخلال بواجب قانوني)، ومعنوي (هو ادراك المخل لاخلاله).
ورببت القوانين الغربية والقوانين العربية المتأثرة بها على ذلك عدم المسؤولية التقصيرية لكل من الحق الضرر بالغرم بغير ارادة حرة مدركة كهديم التمييز والساهي والمخاطن والمغسي عليه وهو ذلك من كل فاقده ادراك او لغرض خارجي، وهذا يتعارض مع العدالة فسا هو ذنب المضرور؟ وبوجه خاص اذا كان لمحدث الضرر امكانية مالية. اما عناصر هذه المسؤولية في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به كالقانون المدني العراقي (م/١٩١) فهي ثلاثة ايضاً:

(العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية).

فلا يشترط للالتزام والالتزام بالتعويض توافر الخطأ بالمفهوم الغربي بل يكفي ان يكون العمل غير مشروع في حد ذاته كالاتلافات بدون مجر بغض النظر على اهلية الفاعل هذا اذا كان احداث الضرر بالمباشرة اما اذا كان بالتسبب فانه لا فرق بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي في اشتراط توافر عنصر الخطأ.

ثالثاً: في الفوائد الربوية

من الواضح ان الفوائد الربوية على القروض والديون محرمة بنص القرآن الكريم بطريقة قاطعة لاتقبل الاجتهاد والتأويل ورغم ذلك اقرتها القوانين المدنية العربية الحديثة التي

تأثرت بالفقه الغربي بسبب الاستعمار والاحتلال الاجنبي ومع ذلك شعر المشرع لهذه القوانين بالمسؤولية امام الله فاقبى الى تضيق نطاقها عن الطرق الآتية:

١- تحريم تقاضي الفوائد على متجعدة الفوائد كما في المدني المصري (م/٢٣٢)، والسوري (م/٢٣٣) / والليبي (م/٢٣٥)، والعراقي (م/١٧٤)، واللبناني (م/٧٦٨)، غمد ان هذا الاخير يميز الفوائد على الفوائد المتجعدة بشرطين: احدهما ان لا تقل الفوائد المتجعدة عن فوائد سنة.

والثاني ان يتم اتفاق الدائن والمدين مسبقا عليها.

٢- وضع الحد الاقصى لسعر الفائدة في المصري (م/٢٢٧/١) : ٧٪، في السوري (م/٢٣٨/١) ٩٪، في الليبي (م/٢٣٠/١) ١٠٪، في العراقي (م/١٧٢/١) ٧٪.

٣- اذا لم يكن هناك اتفاق على تقاضي الفوائد فلا يجوز للدائن ان يتقاضى الفوائد على الدين: المصري (م/٥٤٢)، السوري (م/٥١٠)، الليبي (م/٥٤١)، العراقي (م/٦٩٢/١)، اللبناني (م/١/٧٦٦).

٤- لا تسري فوائد التأخير الا عن وقت المطالبة القضائية بها: العراقي (م/١٧١)، السوري (م/٢٧٧) / الليبي (م/٢٢٩).

٥- لا يجوز ان تكون الفوائد اكثر من رأس المال: المصري (م/٢٣٢)، العراقي (م/١٧٤)، السوري (م/٢٣٣) / الليبي (م/٢٣٥).

٦- اذا تسبب الدائن بسوء نية في اطالة النزاع جاز تخفيض الفوائد او عدم القضاء بها: العراقي (م/١٧٣/٣)، المصري (م/٢٢٩)، السوري (م/٢٣٠)، الليبي (م/٢٣٣).

٧- في عقد القرض اذا اتفق على فوائد جاز للمدين بعد (٦) اشهر على القرض ان يبدي رغبته في الغاء العقد ورد ما اقترضه^(١).

هذه المحاولات لتضييق نطاق الفوائد الربوية - بعد اقرار اباحتها بتأثير من القوانين الغربية - قام بها المشرع في القوانين المذكورة بعد تقرير بلاها من الاستعمار الاجنبي وبعد شعورها بان تحليل هذه الفوائد مخالف للنظام العام في البلاد العربية وهو الشرمة الاسلامية، وتتمنى ان يأتي يوم قريبا- يرجع فيه المسلمون الى الشرمة الاسلامية التي كانت هي القانون الوحيد لهذه الدول حين كان في أوج عظمتها.

(١) مصادر الحق، للسنيهوري: ٢٤٤/٣، وما بعدها.

أما القوانين المدنية العربية الحديثة المتأثرة بالشريعة الإسلامية اقرت بنصوص صريحة تحريم هذه الفوائد بصورة مطلقة عملاً بالدستور الإلهي الذي حرم كافة أنواع الفوائد.

ومن هذه التلخيصات:

أ-المدني الأردني النافذ (م/٦٤٠): (إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق القرض لغى الشرط وصح العقد).

ب-المدني اليمني تناول هذا القانون موضوع الربا وشروط الاستبعاد منه في المواد (م/٥٦٨-٥٧٥) ونص في (م/٦٢٠) على أنه: (لا يجوز أن ير القرض على المقرض أية منفعة، ولا يجوز أن يشترط المقرض انقاص ما اقتضه ولا يجوز شرط عقد آخر في القرض).

د-المدني الكويتي النافذ (م/٥٤٧): (يكون الاقتراض بغية فائدة ويقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته ويعتبر يحكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض).

هـ-المدني الموريتاني رقم (١٢٦/٨٩) لسنة ١٩٨٩ قانون الالتزامات والعقود: نصت (م/٨١٤) على أن: (اشتراط الفائدة من الافراد باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا او اتخذ شكل هدية او ابي نفع اخر للمقرض او لاي شخص غيره يتخذ وسيطا له).

ويلاحظ على هذا القانون انه حصر حظر الفائدة الربوية في الاشخاص الطبيعيين بقوله (من الافراد) وبما لهذا لو بدل تعبير: (الافراد) بـ (الاشخاص) حتى يشمل الشخص المعنوي ايضا.

واكتفي بهذا القدر لبيان مدى اثر احكام الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية الحديثة لطبق المجال وسعة الموضوع.

المبحث الثالث

أثر احكام الشريعة الاسلامية

في القوانين الجزائية العربية الحديثة

الجريمة في الشريعة الاسلامية كل ما هو مخطور معاقب عليه سواء كان قولاً كالقذف او فعلاً كالقتل او امتناعاً كالكف عن أداء الشهادة الواجب اداؤها.

والمعيار الموضوعي العقلي والشرعي للتمييز بين ما هو مباح وما هو محرم في الشريعة الاسلامية هو ان كل ما فيه نفع خاص او عام او مشترك فهو مباح ما لم يترتب عليه ضرر محال له او اكثر منه.

وكل ما فيه ضرر خاص او عام او مشترك فهو مخطور معاقب عليه اذا اقتتن بقصد جنائي ويوجب الضمان اذا لم يقتن به ما لم يترتب على هذا الضرر نفع عام كالعقوبة فهي ضرر محض لكن تحمي الارواح والاعراض والاموال والاستقرار لذا اقرتها الشرائع الالهية والقوانين الوضعية.

وعلى أساس هذا المعيار قال فلاسفة المعتزلة بإمكان عقل الانسان ان يدرك الاحكام الشرعية المحضة (الوجوب، الندب، الحرمة، الكراهة، والاباحة) لتصرفات الانسان قبل الشرع على أساس الحسن والقبح العقليين المبنيين على النفع والضرر، فكل ما في فعله نفع وفي تركه ضرر فهو واجب كالعدل وكل ما في تركه نفع وفي فعله ضرر فهو محرم كالظلم وهكذا.

وهذه الفكرة الفلسفية الاسلامية سبقت فكرة القانون الطبيعي ونظرية تقسيم الجرائم الى القانونية والطبيعية.

وينبغي على المعيار المذكور ان جميع التشريعات الجزائية في الكرة الارضية في الماضي والحاضر والمستقبل تلتقي مع الشريعة الاسلامية في كثير من العناصر والاحكام سواء كان هذا التلاقي من باب الاتفاق او من فصيلة التأثير بالشريعة الاسلامية.

اقسام الجرائم والعقوبات في الشريعة الاسلامية

قسم فقهاء الشريعة باعتبار الحق المعتدى عليه وخطورته والتنصيص على التجريم والعقاب الى ثلاثة اقسام رئيسة وهي تشمل جميع اقسام الجريمة في القانون الوضعي سواء كانت جنائية او جنحة او مخالفة.

القسم الاول: جرائم الحدود:

وهي جرائم الاعتداء على حق الله (الحق العام) كالردة وتعاطي المسكرات او على حق مشترك يكون حق الله فيه هو الغالب كالسرقة والزنا او يكون الحق الخاص هو الغالب كالقذف. ومن اهم هذه الجرائم (الزنا، والقذف، والسرقة، وقطع الطريق، السرقة الكبرى، والارتداد، وتعاطي المسكرات)، وعقوبتها الجلد والاعدام وقطع اليد، اذا توافرت جميع اركانها وشروطها وانتقت موانعها.

مميزات عقوبات الحدود

تتميز هذه العقوبات بالآتي:

١. الجريمة والعقوبة ثابتتان بالنص الشرعي (القرآن الكريم والسنة النبوية). وأقرت الشريعة الإسلامية قبل القانون بمئات السنين مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).
٢. لا تتأثر بالظروف المشددة والمخففة بل تطبق كما حددت في النص النبوية).
٣. لكل بالغ عاقل تحريك الدعوى ضد الجاني لانه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.
٤. لا تطبق الا بعد اتخاذ الاجراءات القضائية صدور الحكم وتصديق ولي الامر (رئيس الدولة).
٥. عقوبات ذات طابع عام وتسمى حقوق الله المحضة لذا لا يملك احد اعفاء الجاني من مسؤوليته الجنائية بعد رفع الامر الى القضاء.
٦. عقوبات متداخلة بمعنى ان من ارتكب جريمة الزنا او تعاطي المسكر مثلاً عدة مرات والقي القبض عليه وحكم فلا يعاقب الا على المرة الاخيرة عند جمهور فقهاء الشريعة.
٧. تسقط بالشبهات وتحل محلها عقوبات تعزيرية كالسرقة بين الزوجين او بين الاصول والفروع او وقت الحاجة.

٨. لرجوع الشاهد عن شهادته والمقر عن اقراره قبل تنفيذ الحكم اثر فلا يجوز التنفيذ بعد ذلك اذا كانت الجريمة ثابتة بالشهادة او الاقرار.

القسم الثاني: جرائم القصاص والدية:

هي جرائم الاعتداء على حياة الانسان وسلامته وما ان حياة الانسان مشتركة بينه وبين المجتمع تكون العقوبة من حيث التنفيذ بين المجتمع للممثل بالدولة وبين أسرة المجنى عليه (ولي الدم) غير ان الحق الخاص هو الغالب لان مأساة الجريمة ونتائجها السلبية بالنسبة للأسرة أكثر مما تلحق بالمجتمع، وبناء على ذلك يكون حق الورثة في تنفيذ العقاب أكثر من حق الدولة بناء على القاعدة الشرعية والقانونية العامة (الفهم بالغرم) فسادام غرم أسرة المجنى عليه أكثر فغنمها يجب ان يكون أكثر لذا قال سبحانه وتعالى: (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا)^(١)، والسلطان هو الخيار بين المطالبة بتنفيذ القصاص والعدل الى التعويض (الدية) والتنازل. وفي الحالتين الاخيرتين للدولة عقاب الجاني بالسجن او الحبس كعقوبة تعزيرية على اعتدائه على الحق العام. وجدير بالذكر ان هذا الخيار لايعمل به اذا كان الجاني قد ارتكب هذه الجريمة مرة اخرى سابقا.

مميزات عقوبات القصاص والدية:

تتميز هذه بالآتي:

١. الجريمة والعقوبة ثابتتان بالنص.
٢. الحق للمعتدى عليه مشترك بين الفرد والمجتمع والحق الخاص هو الغالب.
٣. اذا كانت الجريمة عمدية وتوافرت أركانها وشروطها وانتقلت موانعها يجب القصاص ما لم يتنازل ولي الدم.
٤. ليس لولي الامر (رئيس الدولة) سلطة العفو العام او الخاص في عقوبات جرائم القصاص والدية وإنما يكون هذا الحق لورثة المجنى عليه.
٥. للمجنى عليه اذا كان على قيد الحياة ولورثته بعد الممات حق الخيارات الثلاثة المذكورة.
٦. يُلغى القصاص للاجراءات القضائية وتصديق رئيس الدولة.

^(١) سورة الاسراء - الآية: ٣٣.

٧. في حالة القتل شبه العمد (الضرب المفضي الى الموت) والقتل خطأ تجب الدية دون القصاص وتكون في مال الجاني في الحالة الاولى وعلى العاقلة في الحالة الثانية.

القسم الثالث: جرائم التعازير

وهي جرائم الاعتداء على الحقوق العامة والخاصة ما عدا المذكورة في القسمين السابقين. والتعزير عقوبة ترك الشارع استحداثها وتحديدتها لرئيس الدولة بتعاون مع اهل الشورى وجرائم التعزير ثلاثة أنواع:

النوع الاول:

كل جريمة حدية حصلت فيها الشبهة تتحول تلقائيا الى جريمة تعزيرية كالزنا اذا لم يثبت باربعة شهود والسرقة بين الاصول والفروع او بين الزوجين او الشريكين او في وقت الحاجة والفقر.

النوع الثاني:

كل جريمة ورد النص على تعزيرها دون تحديد عقوبتها كالتجسس والرشوة والغصب وخيانة الامانة والتزوير ونحو ذلك.

النوع الثالث:

كل فعل او امتناع يضر بالمصلحة العامة لولي الامر بتعاون مع اهل الشورى اعتباره جريمة وتحديد عقوبة لها تتلاءم مع حجم الجريمة وخطورتها وظروف الجاني.

تتميز عقوبات التعزير بالآتي:

١- استحداثها وتحديدتها من اختصاص السلطة التشريعية الزمنية.

٢- لا يحتاج تنفيذ العقوبة الى تصديق رئيس الدولة الا اذا كانت العقوبة هي الاعدام.

٣- تطبيق على ناقص الاهلية بخلاف عقوبات الحدود والقصاص.

٤- تتأثر بالظروف المشددة والمخففة.

٥- تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص.

٦- لرئيس الدولة اعفاء الجاني من العقوبة التقريرية او تخفيفها اذا كان في ذلك مصلحة عامة.

٧- عقوبات التعزير غير محصورة بخلاف عقوبات الحدود والقصاص والدية.

٨- جرائم التعزير قد تكون وقتية وقد تكون استمرارية بخلاف جرائم الحدود والقصاص والدية فانها وقتية فقط.
وتلتقي التشريعات الجزائية في دول العالم الشريعة الاسلامية في هذا القسم الثالث (جرائم التعازير وعقوباتها).

اهم نقاط التلاقي بين الشريعة والقانون:

- ١- مبدأ شرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) وقد اقرت الشريعة الاسلامية هذا المبدأ قبل القانون بقرن في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١).
- ٢- مبدأ شخصية الجريمة والعقوبة وقد نص القرآن عليه في آيات منها: ﴿وَلَا تَزِدْ وَازِدَةً يَذَّرْ أُخْرَىٰ﴾^(٢).
- ٣- الاركان العامة للجريمة (الركن المادي والشرعي والمعنوي).
- ٤- الاصل براءة الذمة والمتهم بريء حتى تثبت ادانته. هذه القاعدة العامة عرفتها الشريعة بقرن قبل القانون.
- ٥- اسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب.
- ٦- العقاب للاصلاح لا للتعذيب والانتقام.
- ٧- الاجراءات القضائية ضرورية للعقاب، فلا يجوز الانتقام الفردي.
- ٨- الظروف المشددة والمخففة في جرائم التعزير.
- ٩- الطرق الوقائية والتدابير الاحترازية غير ان الشريعة الاسلامية تفرض الاخذ بها قبل وقوع الجريمة بناء على قاعدة: (ان الوقاية خير من العلاج) وكذلك بعدها.

اهم النقاط التي تختلف القوانين فيها مع الشريعة الاسلامية:

- ١- لا يوجد الشروع في الشريعة الاسلامية وانما هناك جريمة تامة وجريمة ناقصة.

(١) سورة الاسراء - الآية: ١٥.

(٢) سورة الانعام - الآية: ١٦٤.

٢- لا توجد حصانة في الشريعة الاسلامية فلا فرق بين اكبر شخصية في المجتمع وادنى شخصية من حيث المسؤولية الجنائية، قال تعالى بصيغة عامة: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(١).

٣- لا توجد القليمة للقوانين في الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين، لأن جنسية المسلم هو الاسلام وقانونه شخصي يلحقه اينما ارتكب الجريمة فيعاقب بالعقوبة المقررة لها.

٤- نطاق الجرائم السلبية في الشريعة الاسلامية اوسع بكثير منه في القوانين الوضعية لان الشريعة الاسلامية مشبعة بطابع الاخلاق والقيم وأمرة بالتعاون والتضامن والتكالف بين افراد الاسرة البشرية لان الكل من اب واحد وام واحدة وان كل مخلوق من معدن واحد (التراب).

٥- لا يوجد تمييز في جريمة الزنا بين المتزوج وغير المتزوج، لا في تحريك الدعوى ولا في عدم جواز التنازل لاحد الزوجين، فالقانون ينظر الى جريمة الزنا على اساس انها اعتداء على حق خاص، بينما تنظر الشريعة الاسلامية اليها على اساس انها اعتداء على حق عام (قيم واخلاق المجتمع).

٦- ولي الامر (رئيس الدولة) لا يملك العفو العام والخاص في عقوبات الحدود والقصاص والدية.

٧- لا يوجد الاعدام في الشريعة الاسلامية الا في حالتين، وهاتان الحالتان نظريتان أكثر من ان تكونا عمليتين، إحداها جريمة الإعتداء على النفس وما دون النفس، إذا كانت عمدية، والثانية جريمة الردة إذا كانت ملقنة بالإفساد ضد الإسلام والإنسانية، كما في الايضاح التالي:

أ- في جريمة القصاص والدية ترك الخيار لولي الدم فإذا طبق هذا الخيار يكون تطبيق القصاص (الاعدام) قليلا جدا.

ب- عقوبة الاعدام بالنسبة لجريمة زنا الزوج أو الزوجة في حال قيام الزوجية لا توجد في القرآن ولم تطبق طوال العصور الاسلامية، باستثناء حالتين أو ثلاث في عهد الرسالة، حيث ثبتت الجريمة بالقرار الجاني امام الرسول (ﷺ) أربع مرات رغم ان الرسول (ﷺ) رغب كثيرا في تراجع الجاني عن اقراره. فهذه العقوبة احاطها الشارع بقيود من المستحيل تحقيقها منها اثباتها بأربعة شهود من الرجال

(١) سورة الزلزلة - الآية: ٧-٨.

العادلين لا يقع أي خلاف في إعادتهم وبناء على ذلك تكون هذه العقوبة تقريبية أكثر من أن تكون تطبيقية.

ج- عقوبة الإعدام بالنسبة للمرتد المفسد في الأرض أيضاً محاطة بقيود وشروط من النادر تحلقها ومن هذه الشروط ما يأتي:

١- أن يقف المرتد ضد الإسلام بلسانه أو قلمه أو فعله كما حدث ذلك بالنسبة لمن طبق عليه الرسول (ﷺ) عقوبة الإعدام في صدر الإسلام.

٢- تعطى مهلة للمرتد مدة لا تقل عن ثلاثة أيام للتراجع عن ارتداده حتى ولو كان ذلك التراجع باللسان فقط. إضافة إلى ذلك فإن عقوبة الإعدام لم ترد في القرآن الكريم إنما ثبتت بسنة رسول الله (ﷺ).

مظاهر آثار أحكام الشريعة الإسلامية في التشريعات الجزائية العربية

من المؤسف أن نسبة هذا التأثير والتأثر قليلة جداً في التشريعات الجزائية العربية إذا قورنت بتأثر قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المدنية رغم أنها تتفق مع الشريعة الإسلامية في كثير من الأحكام الجزائية لكن لم يكن هذا الاتفاق مبنياً على أساس التأثير بالشريعة الإسلامية حسبما اعتقد بل شأنها شأن بقية القوانين الجزائية للدول غير الإسلامية ومرد ذلك إلى سببين:

أحدهما: الاحتلال الاستعماري من الدول الأجنبية التي وضعت الأساس للتشريعات الجزائية العربية ولا تزال الآثار قائمة في كثير من النصوص التجريمية والعقابية.

والثاني: تأثر قوانين البلاد العربية بقانون العقوبات المصري الذي هو أبعد قانون في البلاد العربية والإسلامية عن الشريعة الإسلامية علماً بأن لدولة مصر مركزاً ثقافياً إسلامياً بارزاً بين دول العالم الإسلامي.

واقرب قانون إلى الشريعة الإسلامية والمتأثر بها من بين القوانين العربية هو قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ وقد حاول المشرع اليمني في هذا القانون أن يصح بين الشريعة الإسلامية والموضوعات الحديثة في القوانين العربية والأجنبية التي لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية.

وقد تناول هذا القانون بعد التعريفات العامة وبيان عناصر الجريمة الأقسام الثلاثة الرئيسة للجرائم في الشريعة الإسلامية.

جرائم الحدود (م/١٢) (البغي والردة والحاربة والمردة والزنا والقتل والشرب) وجرائم القصاص والدية (م/١٣) وجرائم التعزير (م/١٤).

وهذا التقسيم غير موجود في أي قانون عربي آخر غير أنه تناول الشروع في (م/١٨) وهو غير موجود في الشريعة الإسلامية لأن هذه الشريعة تقسم الجرائم إلى التامة والناقصة ثم تناول أسباب الإباحة (م/٢٦-٣٠) وموانع المسؤولية الجنائية (م/٣١-٣٧) بنفس الأسلوب الموجود في الشريعة الإسلامية ثم بحث العقوبات المعروفة في الشريعة الإسلامية في المواد (٣٨-٤٥) وهي (الاعدام حدا أو قصاصا أو تعزيرا، والرجم حتى الموت، وقد أثبتنا عدم وجوده في القرآن وأن قضاء الرسول النبي بالقرآن، والقطع حدا، والقصاص بما دون النفس، والجلد، والحبس، والدية، والغرامة، والصلب في أحوال خاصة، والعمل بالإنصاف).

ثم بين مستقطات الحدود (٤٦-٤٩) ثم أحكام خاصة بالقصاص (م/٥٠-٦٩)، والأحكام الخاصة بالدية (٧٠-٧٩). وأحكام القسامة (م/٨١-٩٠).

والقسامة إيمان يملؤها المتهمون في حلة أو قرية عند وجود قتيل أو جريح فيها لا يعرف الجاني بالتحديد ثم تؤخذ الدية من المجموعة لورثة المجنى عليه. ثم بين متى يجب في مال الجاني ومتى يجب على عائلته (م/٩١-٩٩).

ثم تناول العقوبات التكميلية (م/١٠٠) والحرمات من بعض الحقوق والمزايا (م/١٠١-١٠٣) ثم التدابير الوقائية (م/١٠٤-١٠٨)، ثم كيفية تطبيقات العقوبات المذكورة (م/١٠٩-١٢٠) وتناول في المواد (م/١٢١-٢٢٩) الجرائم المعروفة في القوانين الحديثة بحيث لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية. ثم رجع مرة أخرى لتفصيل بيان أحكام جرائم الحدود والقصاص (م/٢٣٠-٣٠٩).

ويلاحظ على هذا القانون أنه رغم كونه قانونا وحيدا في البلاد العربية متأثراً بنسبة كبيرة بالشريعة الإسلامية وتبرز فيه آثار أحكام هذه الشريعة إلا أنه لم يعالج الجرائم والعقوبات المعروفة في الشريعة الإسلامية ببيان أركانها وشروطها وأحكامها بصورة متسلسلة دقيقة كما أنه لم يأخذ بما يجب الأخذ به من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث يتلاءم مع تطورات الحياة في هذا العصر والعصر الذي تليه.

أما بقية قوانين العقوبات العربية الحديثة فعلى الرغم من أن أكثر نصوصها وأحكامها لا تتعارض مع جرائم التعازير في الشريعة الإسلامية إلا أن هذه الميزة لا تنقص القوانين العربية بل هي موجودة في قوانين جميع دول العالم فهي تلتقي مع الشريعة الإسلامية لا

لأنها متأثرة بها وإنما لأن هذه الجرائم والعقوبات من نتائج تنظيم العقل السليم والعقل السليم يحول بهذه المهمة بمقتضى الدستور الإلهي (القرآن الكريم).

لكن تبرز آثار أحكام الشريعة الإسلامية في قوانين العقوبات العربية الحديثة في الجرائم المخلة بالعرض والأخلاق العامة من الدين وهتك العرض والحض على الفجور والفساد والسحاق والفضائح العنينة والزنا والمسكرات والمخدرات ولعب القمار ونحو ذلك.

كما جاء في المواد الآتية: العراقي (م/٢٨٩-٢٠٥)، القطري (م/٢٠٩-٢٣٤)، الليبي (م/٢٨٩-١٩٥)، الأردني (م/٢٩٢-٢٣٠)، سلطنة عمان (م/٢١٨-٢٣٤)، الجزائري (م/٣١٤-٣٤٩)، اللبناني (م/٦٢٢-٢٥٤)، الكويتي (م/١٨٦-٢٠٨)، الإمارات (م/٧٨-٨٦)، الفلسطيني الشوري (م/٣٢٥-٣٧٥).

ويعتبر قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ أكثر هذه القوانين تأثراً بالشريعة الإسلامية في القضايا المذكورة آنفاً، ذلك لأن هذه القوانين رغم تأثرها بالشريعة الإسلامية، لاتزال متأثرة في بعض الجوانب بالتشريعات الجزائية الغربية، كالتفرقة بين زنا الزوج والزوجة، حيث لا يعتبر الزوج زانياً إلا إذا زنا في منزل الزوجية، في حين أن الزوجة تعتبر زانية إذا زنت في أي مكان كان، إضافة إلى ذلك فإن زنا أحد الزوجين يعتبر اعتداء على حق خاص للزوج الآخر، فلا يترك الدعوى ضد الآخر الزوج البويء، كما له أن يتنازل عن حقه، فعندئذ على القاضي أن يحكم بعاءة الزوج الزاني، وهذا مخالف صراحة للشريعة الإسلامية التي ترفض مثل هذه الأحكام رفضاً باتاً، لأن جريمة الزنا محرمة أينما وقعت، بغض النظر عن هوية الفاعل، ثم إنها اعتداء على الحق العام أي على قيم وأخلاق وشرف المجتمع، فعرض أسرة واحدة يعتبر عرضاً للمجتمع بأسره.

وفي المجال الجنائي يعتبر قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ أقرب القوانين العربية في معالجة موضوع جنح الأحداث إلى الشريعة الإسلامية، كما أن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ للمعدل أكثر القوانين العربية المتأثرة بالشريعة الإسلامية في هذا المجال.

وتمنى كل تخلص لدينه ووطنه أن يأتي يوم تتوحد فيه قوانين البلاد العربية والإسلامية في ضوء الشريعة الإسلامية.

وقد ظهرت هذه الفكرة منذ أكثر من ربع قرن وجرى له محاولات وعقدت لأجلها ندوات ومؤتمرات في البلاد العربية ولكن لحد الآن هذه الفكرة لم تر النور ولا تزال عمل خلاف بين

مؤيد ومعارض وفي مقدمة تلك المحاولات محاولة الدولة السودانية تشريع قانون جنائي يستقي من الشريعة الإسلامية إلا أنها لم تحظ بالنجاح لأسباب كثيرة منها عدم الاستقرار السياسي الداخلي ومنها المعارضة الداخلية والخارجية ومنها عدم توافر الكفاءة الفعلية للقيام بهذه المهمة ذلك لأن توحيد قوانين البلاد العربية سواء كانت بالنسبة لجميع الدول العربية أو بالنسبة إلى دولة واحدة يتطلب توافر أمور أهمها توافر عناصر من أصحاب الكفاءات العلمية للقيام بهذه المهمة تتوفر فيهم الشروط الآتية..

١١. الإلمام بالشريعة الإسلامية أو فهمها روحاً ومعنى وجوهاً والإطلاع على آراء المذاهب الفقهية لاختيار الرأي الراجح الملازم للعصر الحديث المتطور دون تقييد بمذهب معين ودون تعصب لاية جهة.

١٢. الإلمام بالقوانين الأجنبية الحديثة المتطورة للاستفادة منها والأخذ بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية.

١٣. إيضاح عناصر ومتطلبات تطبيق بعض عقوبات جرائم الحدود التي يعد تطبيقها من الأمور النادرة إذا أخذ بنظر الاعتبار شروط هذا التطبيق التي اقرتها الشريعة الإسلامية وعلى سبيل المثال فإن عقوبة الرجم في جريمة زنا المتزوج والمتروجة لم تطبق طوال العصور الإسلامية باستثناء ثلاث حوادث ثبتت بإقرار الجاني أمام الرسول (ﷺ) ذلك لأن هذه الجريمة لا تثبت إلا بأربعة شهود من الرجال العادلين لا يحدث أي خلاف جزئي في إفادتهم، وقد أثبتنا إلغاء قضاء الرسول بالقرآن الذي رفض مشروعية الرجم.^(١)

وإن عقوبة قطع اليد في السرقات تتطلب في ميزان الشريعة الإسلامية توافر شروط من النادر تحققها، ومن أهم هذه الشروط القضاء على الفقر وتأمين عيش كريم لكل مواطن يضمن له عيشه وعيش من تحب عليه نلقته.

وهقوبة الإعدام في جريمة الردة تتطلب الشرطين الآتيين:

١. أن يقوم المرتد بعمل مضاد للشريعة الإسلامية والمجتمع الإسلامي أما باللسان أو بالقلم أو بالعمل لأن هذه الظروف هي التي دعت إلى أن يقول الرسول العظيم (ﷺ):

^(١) ينظر مؤلفنا (لا رجم القرآن).

(من بدل دينه فاقتلوه)^(١)، علما بان اعدام المرتد لن يسرد ذكره في القرآن الكريم صراحة.

٢. لا يجوز اعدام المرتد المفسد الا بعد اعطائه مهلة للتراجع لاتقل عن ثلاثة ايام فاذا تراجع ولو كان ذلك ظاهرا وبلسانه فلا يجوز عقابه باي حال من الاحوال. وان عقوبة الصلب في السرقة الكبرى (جريمة الحراقة) لم تطبق في جميع العصور الاسلامية الا مرة واحدة في عصر الرسالة طبقت على فئة مرتدة قامت بالفساد في الارض. وان عقوبة الجلد بالنسبة للزاني والزانية بما لا يكون في حالة قيام الزوجية اقل قسوة بكثير من الحكم عليه بالحبس الذي يتراوح بين ستة اشهر وثلاث سنوات واكثر زجرا وردعا من هذه العقوبة السالبة للحرية.

ويتبين لنا من هذا العرض الموجز خطأ واثم ظن النازحين الى ان الشريعة الاسلامية شريعة قاسية في عقوبتها ومتخلفة في معالجتها للاسور فلا تصلح ان تكون مصدرا للتشريعات الوضعية الحديثة.

فالشريعة الاسلامية لو طبقت بروحها وجوهرها بعيدة عن الحرافات والقشور والدجل لمحطع لها جميع الاسرة البشرية في الكرة الارضية تلقائيا ولكن الناس ينظرون اليها في تصرفات المسلمين وفي تطبيقات القشور والحرافات والحلافات المذهبية والطائفية فيبتعدون عنها ويعتبرونها شريعة غير صالحة لكل زمان ومكان.

وفي الحتام اتضرع الى الله العلي القدير ان يهدي ابناء الامة الاسلامية بصورة عامة والامة العربية بوجه خاص للرجوع الى ما كان عليه ابائهم واجدادهم من العمل الصحيح بالشريعة الاسلامية وبروحها وواقعها، وان هذا الرجوع هو الطريق الوحيد للتخلص من اعدائهم الاشرار ومن تخلفهم في ركب الحضارة البشرية. والله على كل شيء قدير.

(١) صحيح البخاري - ١٠٩٨/٣ (٢٨٥٤).

المبحث الرابع

أثر الفقه الإسلامي في القوانين الغربية

ولاً: أثر الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي المعمول به في الوقت الحاضر الذي يسمى (كود نابليون) أي قانون نابليون الصادر سنة ١٨٠٤ وقد تأثر هذا القانون بالفقه المالكي والحنفي.

لكن تأثره بالفقه المالكي أكثر حيث يعد زهاء ٤٠٪ من مجموع هذا القانون مأخوذاً من الفقه المالكي ومصدر هذا التأثير هو الفتح الإسلامي للاتدلس عام ٧١١م الموافق لسنة (٩٣ هـ) ثم الدخول إلى بلاد جنوب فرنسا وظل الحكم الإسلامي في هذه البلاد أكثر من ٧٠٠ سنة أي من (٧١١-١٤٩٢) أي إلى سقوط غرناطة.

وكان للمذهب المالكي هو المذهب الرسمي في المناطق الخاضعة للحكم الإسلامي. ومن نماذج هذا التأثير العقد الرضائي الذي تناوله القانون الفرنسي في المواد (١١٠٨ - ١١٢٢)، وأحكام العارية التي عالجها القانون الفرنسي في المواد (١٨٩٤-١٨٧٥) وأحكام الوديعة عالجها في مواده (١٩١٥-١٩٥٤)، وأحكام البيع تناولها في مواده (١٥٨٢-١٧٠٧)، وأحكام القمار العقد بالشرط تناولها في مواده (١١٦٩-١٢١٦)، وفي عدم بطلان عقد الإيجار بموت المؤجر أو المستأجر تناوله القانون الفرنسي في المادة (١٧٤٢).

وهناك أحكام كثيرة أخرى من المذهب المالكي أخذها القانون المدني الفرنسي ولا مجال لاستعراضها. وقد تأثر هذا القانون بمذهب أبي حنيفة رحمه الله وأخذ منه كثيراً عن طريق الاتصالات التي كانت موجودة بين الدول الأوروبية الغربية وبين الخلافة الإسلامية العثمانية.

ومن الشواهد على ذلك بيع الوفاء الذي لا يعرفه سوى فقه أبي حنيفة وأخذ منه القانون الفرنسي وعالج أحكامه في مواده (١٦٥٩-١٦٧٣) والتعريف الوارد في هذا القانون لبيع الوفاء هو نفس التعريف الموجود في الفقه الحنفي.

ومن النماذج حقوق الارتفاق التي عالجها القانون الفرنسي تحت عنوان ترجمة الحقوق القسرية الأرضية، تناولها في المواد (٦٢٧-٧١٠)، وكذلك أخذ القانون الفرنسي

احكام الوكالة من مذهب ابي حنيفة في انتقال الحقوق والالتزامات الى الموكل مباشرة بينما في المذاهب الاخرى وفي القوانين تنتقل الى الوكيل اولا ثم الى الموكل ثانيا، وقد عالجها القانون الفرنسي في المواد (١٩٨٤-٢٠١٠) وهناك امثلة كثيرة لا مجال لاستعراضها لكن اكتفى بما قاله (دوكي) وهو من كبار فقهاء القانون في فرنسا في احد المؤتمرات القانونية العالمية: (هناك آراء ونظريات قانونية نحن نعتبرها من بنات افكارنا قد سبق اليها ابو حنيفة قبل ثلاثة عشر قرنا).

فالنبا: تأثر القانون الالماني بالفقه الاسلامي عن طريق الخلافة العشمانية وضيق المجال اكتفى بمثال لهذا التأثير بنظرية تحول العقد الذي عالجها القانون المدني الالماني في المادة ١٤٠ ومفاد تحول العقد هو انه اذا كان العقد باطلا وتوفرت فيه اركان وعناصر عقد آخر او تصرف آخر تحول اليه ويعتد بهذا التصرف ويرى بعض اساتذة القانون كالمرحوم السنهوري ان فكرة تحول العقد من ابداع الفقهاء الالمان في القرن التاسع عشر ولكن في الواقع ان فقهاء الاسلام هم اصحاب هذه الفكرة وهي من ابداعهم قبل اكثر من ١٠٠٠ سنة حيث قالوا اشتراط عدم براءة ذمة المحيل من الدين يبطل الحوالة وتحول الى الكفالة واشتراط براءة ذمة الاصيل في الكفالة يبطلها وتحول الى الحوالة. ومن تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي ايضا من تعهد لشخص ان يكون وارثا له دون ان تكون بينهما علاقة النسب او الزوجية يبطل التعهد وتحول الى الوصية.

ثالثا: وتأثر القانون الانكليزي والالماني بالفقه الاسلامي في نظرية الظروف الطارئة حيث لم يعرفها القوانين العربية والغربية الا عن طريق الفقه الاسلامي. وفي اهتم ادعو اساتذة الشريعة والقانون القيام بالمقارنات بين الفقه الاسلامي والقانون وفي اهتم لهذه الشريعة ولا يبرز مكانتها لان فقهاء الاسلام تركوا لنا ثروة فقهية عظيمة لم تستثمرت بعقلية ناضجة غير متعصبة لمذهب معين وغير معتنقة لبعض الامثلة البالية كالتعامل بالعبد والجارية فان هذا الفقه يصبح مصدرا خصباً لا للقانون في العالم الاسلامي فحسب بل للقانون في العالم بأسره.

رب زهدني علما والحقني بالصالحين

**التعليق على التعديل
رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨
لقانون الاحوال
الشخصية**

تستهدف الشريعة الاسلامية في احكامها تحقيق مصالح الانسان اي جلب المنفعة ودرء
المضرة عنه، ففي كل مأمور به منفعة ولكل منهي عنه مفسدة.

هذا اعرابي يتكم بالفطرة السليمة قائلا: (لم يقل عمد افعل كذا والعقل يقول لا تفعله
ولم يقل لا تفعل كذا والعقل يقول افعله).

يقول عز الدين بن عبد السلام^(١): الشريعة كلها مصالح اي تدرك المفاسد وتجلب المنافع فاذا
سمعت الله يقول «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» تدبر نداء فلا تجد الا خيرا يمشك عليه او شرا يزجرك
عنه.

يقول ابن قيم الجوزية^(٢): أن الشريعة الباهرة مبناهما على الحكم ومصالح العباد في
الحاضر وللعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها، كل مسألة خرجت عن العدل الى
الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فليست من
الشريعة.

واشار القرآن الكريم الى المصالح المرجوة من الزواج الناجح في عدة آيات منها قوله
تعالى: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً
وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»^(٣).

ان وحدة الرجل مع المرأة في صورة الزواج الناجح هي الاساس الطبيعي الحقيقي لضمان
بقاء النوع البشري شأنها في ذلك شأن الوحدة بين الذكر والانثى في سائر المخلوقات مع
فارق جوهري في الانسان وهو ان الغريزة الجنسية بالنسبة اليه لم تخلق لتكون هاية في ذاتها
بل لتكون وسيلة الى هاية اسمى هي بقاء سلالة المتعاقبة بقاء ينسجم مع مكانته ومركزه
في هذا الكون لذا تفرعت عن غريزته الجنسية ثلاث غرائز فرعية وهي:

١. الغريزة الشهوانية الحيوانية او (المادية) التي تجذب الذكر والانثى بعضهما نحو بعض.

(١) قواعد الاحكام: ٧٠/٢.

(٢) اعلام الموقعين: ١/٣.

(٣) سورة الروم - الآية: ٢١.

٢. غريزة العاطفة الروحية المهذبة او (الحب المعنوي) بين الصنفين عن طريق الكيان الزوجي الصحيح.

٣. غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوجين من جهة وبينهما وبين الاولاد من جهة اخرى، وهذه الاخيرة هي اساس الرابطة الاجتماعية لان الاسرة هي النواة الاولى للمجتمع ان صحت صح المجتمع وان فسدت فسدت.

ومن هذه المنطلق جاء التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية ليضع حدا للتلاعب باحكام الاسرة ويصوره خاصة في حالات الزواج بالاكراه، وزواج الصغرى والصغيرة، وتعدد الزوجات لا لمعز بل لمجرد اشباع الرغبات الجنسية دون رعاية للحكمة الالهية المقصودة من هذا التعدد. وقد أتى التعديل الجديد باحكام جديدة من شروط وقيود وعقوبات واسباب للتفريق واحكام تخص الحضانة لصالح المحضون حتى تبنى الاسرة على اسس صحيحة متينة بعيدة عن الشقاء والانحيار، وهذه الاحكام في جوهرها لا تتعارض مع روح الشريعة الاسلامية وهذا ما نروم بيانه في هذا البحث مع ابداء بعض الملاحظات لعلها تؤخذ بنظر الاعتبار.

وطبيعة الموضوع اقتضت تقسيم البحث من الناحية الشكلية الى اربعة مباحث: الاول في الشروط والقيود، والثاني في اسباب التفريق، والثالث فيما يتعلق بالحضانة، والرابع في حكم ميثاق البنت.

المبحث الأول

شروط وقيود تقيد سلطان الإرادة في الزواج

استحدثت المشرع في هذا التعميد شروطا وقيودا قيد بها حرية الإرادة في الزواج حتى يحقق هذا الارتباط الروحي بين الصنفين أهدافه الحقيقية لصالح الأسرة والمجتمع كما يلي:

لولا: ألقي للمشرع الفقرة الأولى من المادة السابعة (يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ) وأحل محلها الفقرة التالية: (١- يشترط في تمام أهلية الزواج العقل واكسال الشاذنة عشرة).

وتبدو لنا أهمية تعديل هذه الفقرة من خلال النقاط التالية:

١. **زواج الصغير والصغيرة** ليس محل اتفاق الفقهاء. حتى يكون منعه خرقا للإجماع بل منهم من يرى بطلانه، ومنهم من قال بالجواز تحت رعاية شروط خاصة، ومنهم من أعطى كلا من الصغير والصغيرة سلطة الفسخ بعد البلوغ والعقل).

قال ابن حزم الظاهري: (ولا يجوز للاب ولا لغيره نكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فان فعل فهو مفسوخ أبدا، وأجازه قوم ولا حجة لهم الا قياسه على الصغيرة، والقياس كله باطل)^(١). ونرى أنه لا معنى لتخصيص البطلان بالذكر فقط.

وقال ابن شبرمة: (لا يجوز انكاح الاب ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن، وإن زواج الرسول عليه الصلاة والسلام من عائشة (رضي الله عنها) - وهي صغيرة - كان من اختصاصه ولا يقاس عليه غيره)^(٢). ثم إنها تزوجت في سن لا تقل عن خمس عشرة سنة على الأصح.

وقال الحسن وإبراهيم النخعي زواج الصغير والصغيرة مكروه^(٣). وقال الشافعي بالجواز إذا توافرت الشروط التالية:

١. أن يكون الولي أبا أو جدا عند عدم وجود الأب.

(١) المهلى لابن حزم الظاهري: ٤٦٢/٩.

(٢) المرجع السابق: ٤٥٩/٩.

(٣) المرجع السابق.

٢. ان يكون الولي عادلاً.
 ٣. ان يكون الزوج كفواً، فلا يهز زواج الصغرة من البالغ لعدم الكفاءة في الديانة والعصمة والعفة^(١).
- وقال ابو حنيفة بالجواز مع رعاية شروط خاصة منها:
- ١- لا يكون الولي معروفاً بسوء الاختيار وسوء التصرف، ويكون سيء الاختيار إذا زوّج صغيراً أو صغيرة لمرة واحدة.
 - ٢- ان تتحقق الكفاءة في الديانة فليس فاسق كفواً، لصاحبة أو فاسقة بنت صالح^(٢).
- وهذه الشروط من الشافعية والحنفية الذين يقولون بالجواز قلما كانت تراعى في زواج من لم يكمل الاهلية.
- ب- تحديد اهلية الزواج باكمال الثامنة عشرة من العمر يحقق مصالح ونتائج ايجابية مهمة منها:
- ١- تحقق كمال القابلية البدنية في كل من الزوجين وبذلك يكون الزواج بعيداً عن المساوى التي قد تترتب على عدم توافر هذه القابلية.
 - ٢- قابلية الزوجة لانجاب دون ان ترهقها الولادة عند اكمال النمو والقابلية البدنية.
 - ٣- تأمين الزوج كسباً مشروعاً ومصدراً لمعيشة أسرته الجديدة التي يكون انفصالها من اسرة الاب امراً تقتضيه سنة الحياة.
 - ٤- قطع مرحلة من مراحل الدراسة التي أصبحت اليوم من اهم عناصر حياتنا للماصرة في جميع المجالات وبصورة خاصة بعد ان فرض التعليم الالزامي في قطرنا الذي يعتبر بحق خطوة مهمة نحو القضاء على كثير من امراضنا الاجتماعية الناشئة من الجهل.
 - ٥- تقليل اسباب الطلاق وتضييق نطاق مجال الزواج الفاشل في العراق. ولا اكون مبالغاً اذا قلت بأنه لو اجرى احصاء دقيق لتبين للملاء ان ٩٠% من زواج الصغير والصغيرة لم يحقق الهدف المرجو منه.
- ثانياً: ألغت المادة الثانية من التعديل للمادة الثامنة من القانون السابق: (تكمل اهلية الزواج بتام الثامنة عشرة)، وأحلت محلها ما يأتي:

(١) الباجوري علي بن ابي قاسم الغزوي، في الفقه الشافعي، ١/٩٠٩.

(٢) ابن عابدين في الفقه الحنفي، ٣/٦٦، ص: ٦٦، ط ٢، ١٩٦٦ م.

المادة الثامنة - (إذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي. فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها فاذا لم يعترض او كان اعراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج).

ما ورد في هذه المادة يعتبر استثناءا للتحديد الوارد في الفقرة الاولى من المادة السابقة المعدلة التي اشترطت اكمال الثامنة عشرة. ويعمل بهذا الاستثناء اذا توافرت الشروط التالية:

١. ان تكون هناك مصلحة تدعو الى الزواج المبكر لان العدول عن الاصل لا يكون الا لمصلحة تقتضيه.

٢. ان تكون له الاهلية التي تؤهله للتصرف الدائر بين النفع والضرر بعد اذن الولي.

٣. اذن ولي العاقد الذي لم يكمل الثامنة عشرة لانه لم يصل بعد درجة من النضج والرشد يقدر مصلحته في كل شيء.

٥. اذن القاضي حتى يقرر بسلطته التقديرية توافر الشروط المذكورة، ومن المقرر في الفقه الاسلامي ان الولي الاقرب اذا امتنع عن تزويج المولى عليه بدون عذر مقبول يعد عاصلا اي ظالما، وفي هذه الحالة لا تنتقل الولاية الى من يليه من الاولياء بل الى القاضي لان للقاضي وحده رفع المظالم.

وبناء على ذلك فاذا امتنع الاب - مثلا - عن تزويج بنته دون عذر مشروع امره القاضي ان يزوجه فان ابي بعد مهلة ودون عذر معتبر زوجها القاضي^(١).

ثالثا: ألغى المشرع المادة التاسعة من القانون للاستثناء عما ورد فيها بما جاء في المادة الثامنة الانفة الذكر واستحدث محلها ما يلي:

١- لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج. كما لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار منع من كان اهلا للزواج بموجب احكام هذا القانون من الزواج.

٢- يعاقب من يخالف احكام الفقرة الاولى من هذه المادة من مدة لا تزيد على ثلاث سنوات او بالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين اذا كان قريبا من الدرجة الاولى.

أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر السنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

وتبدو أهمية ما استحدثه المشرع في هذه المادة من النواحي التالية:

أ. وضع حد لبعض الأولياء الذين يمارسون طريقة الاكراه في الزواج بدافع من المادة أو القرابة أو الصداقة أو غير ذلك دون أن يراعوا في ذلك مصلحة من أكرهه على هذا الزواج.

فتصرف هؤلاء، إلى جانب كونه مخالفًا للمنطق السليم ولصلة القرابة بين الولي والمولي عليه وللأهداف التي يرمى أن يحققها الزواج الناجح فإنه مخالف لروح الشريعة الإسلامية.

يقول الرسول عليه الصلاة والسلام: (لا تنكح الأيم^(١) حتى تستأمر^(٢)) ولا تنكح البكر حتى تستأذن^(٣)، وقال (الشيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وأذنها سكوتها)^(٤)، هذا إذا كان السكوت حياءً أما إذا كان خوفاً فيدخل في باب الاكراه.

والى جانب ذلك فإن تطور حياتنا المعاصرة أدى اليوم إلى عدم الاكتفاء بالسكوت بل يجب الآن صراحة لأن السكوت أمر تابع للعرف، وعرف زماننا قد تغير بعد أن نزلت المرأة إلى ميدان العمل جنباً إلى جنب الرجل وصارت تعالج كثيراً من المشاكل سواء، بما أدى إلى زوال ذلك الحياء الذي كان يمنعها عادة من الكلام سابقاً.

وقد فعل المشرع حسناً إذ أقر لمن يستعمل الاكراه في الزواج العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من هذه المادة لأنه بتلك العقوبات سوف تتلاشى العادة العشائرية البغيضة من أن بنت العم يجب ألا تتزوج إلا من ابن عمها، أو ابن العم يلزم عليه ألا يتزوج إلا بنت عمه أو بنت عمته، وكذلك الأمر بالنسبة إلى بنات وإبناء الأخوال والحالات.

(١) هي المرأة التي فارت زوجها بطلاق أو موت.

(٢) من الاستئثار أي طلب الأمر.

(٣) متفق عليه، سبل السلام: ١٥٥/٢.

(٤) رواه مسلم، المرجع السابق.

فهذا النوع من الزواج بين الاقارب في هذه الدرجة مكروه في نظر كثير من فقهاء المسلمين حتى وان لم يكن هناك اكراه وذلك لانه وان اجازاه الاسلام في اصله الا انه غير محبذ.

فقد ورد في منهاج النووي وشرحه ما نصه: (ويستحب الا تكون - اي الزوجة - من قرابة قريبة بان تكون بعيدة او قرابة بعيدة). وقال القليوبي تعليقا على ذلك: (هذا الرئي هو المعتمد وان ماورد في النص من النهي عن النكاح من العشرة يحمل على الاقربين^(١)). وعلل الفقهاء ذلك بأن عاطفة القرابة قد تتغلب على عاطفة الجنس فيأتي الولد ليحفا او متخلفا عقليا. وجملة الكلام ان الفضل في الزواج بين الاقارب اكثر من النجاح وان لم يكن هناك اكراه واما في حالة الاكراه فلا قيام للزواج الشرعي.

ويرى ان امرأة اسمها الحنساء شكت اباهما الى الرسول عليه الصلاة والسلام قائلة: زوجني ابي من ابن اخيه وانا لذلك كارهة فقال لها: حلا اجزت ما صنع ابولك؟ فقالت ما لي رغبة فيما صنع ابي فقال: اذهبي فلا نكاح له وتزوجي من شئت^(٢). ب. وضافة الى ما ذكرنا فان التعديل الجديد سوف يضع حدا حاسما للاولياء العاضلين المانعين - دون مجرد - من زواج من لهم ولاية عليه. كما يقف التعديل بحزم في وجه التهديدات التي توجه من ابن العم او ابن الخال الى بنت عمه او بنت خاله او خالته ان ابدت رغبتها في الزواج بغية، وحيانا توجه نفس التهديدات الى كل من يقدم على خطبتها. وكذلك سيضع حدا للازواج الذين يطلقون زوجاتهم ثم يلقون حجر عشرة امام زواجهن بالغير فكل منع من هذا القبيل محرم بنص القرآن الكريم قال سبحانه وتعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣)، فهذا الخطاب عام يشمل الازواج السابقين والاولياء وغيرهم.

ج. فرق للمشرع في العقوبات التي استحدثها في الفقرة الثانية من المادة التاسعة بين الاقارب وغيرهم وذلك لان المانع اذا كان من غير الاقارب لا يقصد من وراء

(١) ينظر في تفصيل ذلك: قليوبي وعميرة في الفقه الشافعي: ٢٠٧/٣، طبعة عيسى البابي.

(٢) ينظر: صحيح البخاري: ١٩٧٤/٥ (٤٨٤٥)، وسنن البيهقي الكبرى: ١١٩/٧.

(٣) سورة البقرة - الآية: ٢٣٢.

منعه أو اكراهه سوى التخريب وإفساد ذات البين أو تحقيق أضرار شخصية وهم بذلك يستحلون عقوبة اشد، هذا من ناحية أهمية ما استحدثه التعديل في هذه المادة، غير أنه يلاحظ عليه ما يلي:

أولاً: كان على المشرع أن يقيد المنع من الأقارب الدرجة الأولى بالألا يكون لعذر معتبر شرعاً وقانوناً، كما قيد اعتراض الولي في المادة الثامنة بأن يكون معتبراً جديراً بالاعتبار.

ثانياً: اعتبر التعديل عقد الزواج بالاكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول وينبغي على ذلك: أ. اعتبار رضا العاقدین ركناً من أركان الزواج شأنه في ذلك شأن بقية العقود بل هو أهم وأخطر لأنه عقد شركة في الحياة لا في المادة.

ب. من المقرر أن تظل الركن أو الشرط يزوي إلى البطلان حتى عند المنفية القائلين بالفرق بين البطلان والفساد لأنهم لا يفرقون بينهما بالنسبة لعقد الزواج^(١) والعبادات.

ج. العقد الباطل ليس له وجود شرعي فالدخول بعده يعتبر زناً موجبا لعقوبة الحد إن كان مع العلم وإن كان يجهل يسقط الحد ويثبت النسب وتجب العدة لأنه رطب شبهة ولكن لا يحول العقد من البطلان إلى الصحة باتفاق الفقهاء.

ولكل ما ذكر اقترح إما حذف قيد: (إذا لم يتم الدخول) أو تغيير تبعه: (الباطل) بما يتفق مع هذا القيد كـ(الموقوف).

رابعاً" أضافت المادة الرابعة من التعديل فقرة جديدة إلى المادة العاشرة من القانون وهي

(٥- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجا آخر مع قيام الزوجية).

(١) راجع ابن عابدين: ٣٦١/٢، فتح القدير: ٣٨٣/٢، حيث لما عبر صاحب الهداية عن حكم مسألة بالفساد وعن الآخر بالبطلان علق عليه صاحب الفتاوى بقوله: وذكر الفساد فيما تقدم ولا فرق بينهما: (بين الفساد والبطلان) في النكاح بملأف البيع.

أرى ان المشرع قد استخدم الحكمة في هذا التعديل حيث لم يعتبر الزواج خارج المحكمة باطلا حتى لا يصطدم مع الشريعة الاسلامية لان شكلية المحكمة ليست شرطا ولا ركنا في الزواج في نظر هذه الشريعة خلافا للتعاليم الموسوية والمسيحية.

هذا من جهة ومن جهة ثانية قد اجضع انشاء عقد الزواج لاشراف ورقابة القضاء بفرض عقوبات بدنية ومالية على من يزوج خارج المحكمة وبهذا حفظ عقد الزواج من التلاعب ومن ان يقترب عليه جوانب سلبية في الحياة الزوجية. فالزواج يجب ان يحاط باطار من الحذر والاهتمام لانه وان سمي عقدا الا انه يختلف في طبيعته وجوهره واشاره عن كل عقد اخر ينشئه الانسان بالارادة المنفردة او بالاتفاق مع ارادة اخرى الامر الذي ادى الى ان يتعاشى البعض من اطلاق اسم العقد على هذه الرابطة للقدسة.

والى جانب ذلك فان المشرع قد فعل حسنا عندما اعتبر قيام الزوجية السابقة حفا مشددا لينال للزوج زواجا ثانيا خارج المحكمة عقوبة اشد. ونأمل ان تحقق هذه العقوبات ردها وزجرا لكل من تسول له نفسه ان يتلاعب بحكم اباحة تعدد الزوجات لان هذا التصدد استثناء لم يقره الاسلام الا لظروف استثنائية واعذار تدعو الى ذلك، ومن تلك الاعذار:

١. اذا كانت الزوجة عقيما والزوج يريد انجاب الاطفال وثبت طبيا ان العقم من الزوجة فزواجه بأمرأة اخرى غير للمرأة الاولى من الطلاق على ان يكون الزوج في حالة مادية حسنة.

٢. اذا اصبحت الزوجة بمرض مزمن غير قابل للزوال واصبح مانعا من المعاشرة الزوجية جاز للزوج الزواج الثاني مع رعاية مصالح الزوجة الاولى.

٣. اذا حلت بالامة ظروف حرية ادت الى قلة الرجال وكثرة النساء بنسبة تؤثر على حياة الارامل او غير المتزوجات كما حدث في المانيا وانكلترا بعد الحرب العالمية الثانية فعندئذ قيام الرجل بكفالة اكثر من زوجة واحدة غير لهن من التسبب والبقاء بدون معيل. وقد طالبت باباحة التعدد كشيء من الكاتبات الانكليزيات^(١) وعلماء الاجتماع^(٢) في انكلترا حين رلوا الحالة السيئة في مجتمهم نتيجة الحروب وقلة الرجال وكثرة النساء.

(١) مثل اللاودي كوك ومس اني رود.

(٢) مثل تومس.

ثم ان الشريعة الاسلامية احاطت اباحة تعدد الزوجات بنطاق ضيق من القيود والشروط منها العدالة كما يقول القرآن الكريم: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾^(١).

فالرجل ان شك او تردد في تطبيق العدالة لا يصرز له التعدد لان كلمة (إن) للشك والتردد وقد أكد القرآن الكريم في نص اخر عدم استطاعة الانسان على تطبيق العدل بين النساء في كل شيء، فقال: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾^(٢).

وهذا رسول الله يقول: (اللهم هذا قسمي فيما املك فلا توأخذني فيما تملك ولا املك) ويقصد بما لا يملكه المحبة القلبية لاحدى النساء اكثر من غيرها، ولهذه المحبة القلبية غير الاختيارية اثر كبير على سلوك الانسان في تصرفاته مع الزوجات عند التعدد وخاصة اذا كان التعدد قد أتى لمجرد اشباع الرغبات الجنسية، فكم من اناس من الطبقات الفقيرة تزوجوا من في مستواهم الاجتماعي والاقتصادي ورثما تحسنت ظروفهم اقدموا على الزواج الثاني والثالث والرابع واصبحت الزوجة الاولى التي شقت طريق حياتها الزوجية بمראה في زاوية النسيان كأن لم تكن شيئا مذكورا واتخذ اولادها سلوك الاعوجاج نتيجة افعال الأب وحرمانهم من التوجيه والتربية، يقول محمد عبده: (ولو شئت تفصيل المصائب المتولدة من تعدد الزوجات لاتييت بما تلقشعر منه جلوه المؤمنين من السرقة والزنا والكذب والحيانة والجبن والتزوير والقتل.. كل ذلك واقع ثابت في المحاكم)^(٣).

(١) سورة النساء - الآية: ٣.

(٢) سورة النساء - الآية: ١٢٩.

(٣) علاء الدين خروقة، شرح قانون الاحوال الشخصية: ١٢٠/١.

المبحث الثاني

اسباب التفريق القضائي

أقر المشرع حق طلب التفريق القضائي لاسباب عديدة منها مستحدثة ومنها كانت موجودة في القانون السابق واعتبر هذا الحق مشتركاً في بعض من تلك الاسباب، وخاصة بالزوجة في الاسباب الاخرى. وسنستعرض ذلك في مطلبين.

المطلب الأول

حق طلب التفريق يكون لكل من الزوجين

نصت المادة (١٤٠) المعدلة على ان لكل من الزوجين حق طلب التفريق عند قيام سبب من الاسباب التالية: (الاضرار، والحيانة الزوجية، وعدم اكمال اهلية الزواج، والاكراد، والزواج الثاني خارج المحكمة)، وازادت المادة (٤١) الى هذه الاسباب سبب الخلاف والشقاق.

الاضرار:

إذا اضر احد الزوجين بالآخر ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية يحق لكل منهما طلب التفريق (١/٤٠).

حكم ازالة الضرر الذي يلحق بأحد الزوجين بسبب من الاخر ينسدرج تحت القاعدة الشرعية الكلية من قول الرسول عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار)^(١).

كما ورد في هذا الحكم في التطبيقات الفقهية لفقهاء المسلمين وبصورة خاصة فقهاء المالكية حيث اقرروا المبادئ العامة التالية:

أ. مساواة الزوج والزوجة في طلب التفريق لضرر.

^(١) مسند احمد: ٣١٣/١ (٢٨٦٧)، وكذلك أخرجه ابن ماجة والبيهقي والطبراني.

- ب. الضرر كما يكون قبل الدخول يكون بعده ايضا.
- ج. وجوب تعزير الطرف المقصر والمخل بالواجبات الزوجية من قبل الحاكم اذا تمسك الزوجان باستمرار حياتهما الزوجية.
- د. وجوب التفريق بعد ثبوت الضرر وعجز القاضي عن الاصلاح^(١).
- ومن المعلوم ان الضرر امر تقديري يخضع لسلطة القاضي التقديرية.
- وقد توسع القضاء المصري في تفسير الضرر فاعتبر من الضرر سب الزوج لزوجته^(٢)، وابتزازه لاموال زوجته^(٣)، والهجر في الفراش^(٤)، او هجر البيت^(٥).
- وأرى ان القضاء المصري افرد في توسيع نطاق الضرر كما ان التعديل الجديد من هذا القانون بالغ في تضيق دائرة العمل بالضرر عندما قيد بأن: (يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية) لذا اقترح تبديل تعبير: (يتعذر) بما هو اخف منه مثل: (يتعسر) لو (يصعب) لو (لا يستطيع)، لأن التعذر يعني المستحيل.

الخيانة الزوجية:

"لكل من الزوجين طلب التفريق اذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية" (٢/٤٠).

ان هذا السبب الذي استحدثه التعديل الجديد له لما يجره في الشريعة الاسلامية من ادلة كثرية منها:

أ. ان عقوبة جريمة الزنا او اي جريمة اخرى من جرائم الحدود اذا تخلف شرط من شروطها كعدم ثبوت جريمة الزنا بالاقرار او باربعة شهداء تسقط العقوبة الاصلية المحددة لها بالشبهة لان الحدود تندر بالشبهات لكن اذا حصلت القناعة للمحكمة بان الجريمة

(١) الدردير علي سيدى خليل: ٤٠٤/٢.

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية: ١٩٥٨/٨/٢٥.

(٣) محكمة السيدة الجزئية الشرعية، الهامة الشرعية، س٦، ع٦، ص: ٧٩٠.

(٤) محكمة جرجا الشرعية يوليو، ١٩٣٣، الهامة - س٥، ع٥، ص: ٥٧٨.

(٥) محكمة الميناء الكلية، ١٩٥٦/٥/٢١، المرجع السابق.

واقعة يجوز بها الحكم على المتهم بعقوبة تعزيرية^(١) كما يجوز ان تكون هذه العقوبة التفريق القضائي بينه وبين الزوج العفيف اذا طلب العفيف ذلك.

ب. يقول القرآن الكريم: «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ»^(٢).

قال القرطبي في تفسير هذا النص: (قال قوم من المتقدمين الآية عكسة غير منسوخة وعند هؤلاء من زنى فسد النكاح بينه وبين زوجته، وإذا زنت الزوجة فسد النكاح بينها وبين زوجها، وقال قوم: لا يفسخ بذلك ولكن يؤمر الرجل بطلاقها إذا زنت ولو أمسكها الم)^(٣). وقال سيد قطب في تفسير النص: (استدل الامام احمد بن حنبل بهذا النص على تحريم الرباط الزوجي بين زان وعفيفة وبين عفيف وزانية الا ان تقع التوبة التي تطهر ذلك الدنس المنفرد)^(٤).

ونرى ان الزواج صحيح اذا تاب مرتكب الجريمة قبل الزواج.

عدم اكمال اهلية الزواج:

يحق لكل من الزوجين طلب التفريق اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي (٢/٤٠). عد التعديل الجديد قبل اكمال الثامنة عشرة دون موافقة القاضي من اسباب التفريق القضائي على اساس ان هذا النسخ من الزواج لم تستوف شروطه وفق المادة الثامنة من هذا القانون.

الاكراه:

لكل من الطرفين طلب التفريق اذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول (٤/٤٠).

استحدث المشرع هذا السبب تحت الشروط التالية:

(١) ينظر: تفصيل ذلك، المبسوط للسرخسي: ٨٥/٩-٨٧، المفني لابن قدامة: ١/١٥٢/١٥٣، المدونة الكبرى: ٥٨/١٦ وما بعدها.

(٢) سورة النور - الآية: ٣.

(٣) الجامع لاحكام القرآن، لامي عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، ١٢/١٧١.

(٤) في ظلال القرآن: ٥٩/١٨.

١. ان يكون الزواج مقتونا بالاكره.

٢. ان يمر خارج المحكمة

٣. ان يتم الدخول.

ويبدو لي للملاحظات التالية:

١- في هذه الفقرة حشو كان على المشرع ان يتحاشاه وهو ان الزواج الذي تم بالاكره

يعني قد جرى خارج المحكمة فلا داعي لاشتراط كونه خارج المحكمة، وحتى اذا كان الاكره موجودا او خاليا على القاضي فأنه وحده يكفي ان يكون من اسباب التفريق.

٢- ان صح اعتبار الدخول موجبا لتحول الزواج الباطل الى الصحيح فان الأمر يحتاج الى تقييد هذا الدخول في النص باختيار المدخول بها.

٣- الاطلاق الوارد في الفقرة السابقة (الثالثة) كما في الفقرة اللاحقة (الخامسة) جعل باب التفريق مفتوحا امام كل من الزوجين مدى الحياة، وبهذا يصبح مركز الزواج متزعزعا طيلة الحياة الزوجية، فكان على المشرع ان يحدد حق طلب التفريق لهذه الاسباب بمدة معينة.

الزواج الثاني:

يحق لكل من الزوجين طلب التفريق اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون اذن من المحكمة (٥/٤٠).

استحدث المشرع هذا السبب وعده من اسباب التفريق، وقد فعل حسنا عندما قيد حرية الارادة في تعدد الزواج ومنع ان يكون ذلك لمجرد أشباع الرغبات الجنسية.

ولكن في رأينا يجب ان يعطي هذا الحق للزوجة السابقة، لان الفقرة الخامسة من المادة العاشرة من هذا القانون اعتبر الزواج خارج المحكمة جريمة عقوبتها تتراوح بين ثلاث سنوات وخمس سنوات. ومن المعلوم ان استجابة طلب التفريق تتم لصالح من يقدم هذا الطلب من الزوج او الزوجة الجديدة، وان القاعدة القانونية الجنائية العامة تقضي بان المجرم يجب الا يستفيد من جرمته.

واخيرا امامنا سؤال يطرح نفسه على بساط البحث وهو ان كل سبب من الاسباب الواردة في الفقرات الثلاث الاخيرة من هذه المادة اسباب مخالفة للقانون يعاقب عليها الشخص المخالف وفق الفقرة الثانية من المادة التاسعة والفقرة الخامسة من المادة العاشرة

من هذا القانون فهل يصح بين العقوبة والتفريق أو يكتفي بالتفريق؟ فإذا كان الجواب بالثاني فإن ذلك لا يفهم من عموم الفقرة الثانية والرابعة من هذه المادة لأن المفهوم من هذا العموم هو الجمع. غير أن الزوجة لا يحق لها أن تجمع بين طلب التفريق والدعوى الجنائية.

الخلاف والشقاق:

نصت المادة (٤١) للمعدلة على أن لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف وشقاق بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده. ويتطلب التفريق بملقضى ما ورد في هذه المادة الاجراءات القضائية التالية:

١. تقديم طلب من قبل أحد الزوجين.
٢. قيام نزاع حقيقي أيا كان مصدره ولا يشترط ذلك من الطرفين بل يكفي أن يكون من أحدهما ولو كان هو الطرف الذي طلب التفريق.
٣. أن يتصير مع النزاع التوفيق بينهما.
٤. أن يصعب استمرار الحياة الزوجية مع الخلاف بين الزوجين.
٥. أن يكون التفريق مسبقاً بما يلي:

- أ. إثبات سبب الدعوى.
 - ب. اجراءات تعيين حكمين لهما صلاحية هذه المهمة على أن يرفعا الى المحكمة تقريراً يتضمن الآتي:
 - أولاً - الأسباب التي أدت الى وقوع الخلاف بين الزوجين.
 - ثانياً - تحديد الطرف الذي كان سبباً لهذا الخلاف.
 - ثالثاً - بيان رأيهما في وجوب التفريق بين الزوجين وعدمه.
- وعلى المحكمة التفريق بين الزوجين إذا ثبت لها استمرار الخلاف وعجزت بعد اجراءات الحكمين عن الإصلاح وامتنع الزوج عن التلطيق.
- ويتقرب على التفريق الآثار الآتية:

- ١- إذا تم التفريق بعد الدخول وكان التقصير من الزوجة يسقط المهر المؤجل مهما كان مقداره، وتلزم برده نصفه في حالة قبض الجميع سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، وإذا كان التقصير من الطرفين يقسم المهر المؤجل بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما، والنسبة عكسية، فمن كان تقصيره أكثر، تكون نسبة حقه في المهر أقل، وهذه

النسبة مخضع لتقدير الحكيم والقاضي.

٢- وإذا جرى التفرق قبل الدخول وكان التقصير من الزوجة تلزم برده ما قبضته من مهر معجل.

تقرير الأحكام الواردة في المادة (٤١) للمعدة:

أ. ميز المشرع في التعديل الجديد بين الضرر والشقاق (الحلاف) واعتبرهما سببين منفصلين خلافا للقانون السابق.

وفي رأينا ان الشقاق او الحلاف صورة من صور تطبيقات الاضرار لان مجرد الحلاف لا يمكن ان يعتبر من اسباب التفرق ما لم يترتب عليه الاضرار، وهذا ما دعا مجلسي التمييز السني والمعرفي ان يظن بينهما ويعتقدا ان اسبابهما واحدة^(١).

وارى ان كل سبب من اسباب التفرق القضائي يندرج تحت مفهوم الضرر، وهذا الضرر قد يكون اراديا وسعى اضرارا، كما في الحلاف والشقاق وهجر الزوج زوجته دون عذر وعدم طلبه لها قبل الدخول للزفاف والامتناع عن الاتفاق عليها وغيرها من الاسباب الارادية الواردة في هذا القانون، وقد يكون هذا الضرر لاراديا كالامراض التناسلية والامراض السارية في كل من الزوجين.

ولذا فان الصياغة الفنية تتطلب حشر جميع اسباب التفرق القضائي تحت عنوان الضرر ثم تقسيمها الى اسباب ارادية واسباب لا ارادية.

ب. اقتصر القانون السابق على اثرين من اثار التفرق وهما: سقوط المهر للموكل اذا لم تستلمه الزوجة، وجوب رد ما لا يزيد على نصفه ان قبضته.

وفات المشرع في القانون السابق ان يميز بين حالتي الدخول وعدمه وان يأتي بحالة التقصير من الزوجين وهذا التقصير تداركه التعديل الجديد كما ذكرناه، غير انه لم يتطرق هذا التعديل كالقانون السابق لحكم حالة التقصير من الزوج وحده، ومن المعلوم ان لها في هذه الحالة جميع المهر بعد الدخول ونصفه قبله.

ج. ان ما بررته هذه المادة من الاثار المترتبة على التفرق للحلاف يجري في سائر حالات التفرق القضائي سواء كل ذلك بسبب الاضرار او الامراض التناسلية او الامراض السارية او غير ذلك وبناء عليه ارى انه لا مبرر لتخصيص هذه الاثار بحالة التفرق

^(١) ينظر: محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ١٩٩٢، ص ٣١٢.

للخلاف فكان على المشرع ان يبين تلك الاثار في مادة مستقلة بعد الانتهاء من استعراض اسباب التفريق القضائي حتى يتم العموم والشمول.

د. واخيرا اقول ان ما جاء في القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾^(١) قصد به الحفاظ على اسرار العائلة بحيث ان ما يدور بين الزوجين من الخلاف والشقاق والتهم الموجهة من كل نحو الاخر... لا يتسرب الى خارج جدران هذه الاسرة، ويؤكد ذلك اشتراط كون الحكمين من اهل الزوجين حتى يهتمما بمسئ كل ما يحدث في الاسرة المسلمة.

ولهذا بل ولاكثر من هذا اقر فقهاء المالكية سلطة التفريق للحكمين ولم يعطوا للقاضي سوى تصديق ما يقره الحكمان.

وفي قناعتي الشخصية ان القضاء في العراق، وفي كل البلاد العربية والاسلامية مقصر في تطبيق هذا النص من الدستور الساموي وفي اجراءات مهمة الحكمين.

المطلب الثاني

حق طلب التفريق يكون للزوجة فقط

اوردت المادة (٤٣) المعدلة اسباب اخرى للتفريق القضائي منها موجودة في القانون السابق ومنها مستحدثة غير ان تلك الاسباب على اطلاقها لا تسمح في نظر المشرع العراقي بطلب التفريق الا للزوجة، كما يتضح من الآتي:

أولاً - للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الاسباب الآتية:

١. اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكتر، ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه (١/٤٣).
- والجديد في هذه المادة أن المدة الاصغرية للعقوبة كانت في القانون السابق خمس سنوات فالتعديل جعلها ثلاث سنوات لان ذلك اقرب الى العدالة بخصوص رفع الضرر الذي يلحق بالزوجة.

(١) سورة النساء - الآية: ٣٥.

ويرى أكثر شراح قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية أن هذا السبب ليس له مصدر في الفقه الإسلامي بل يقاس على حال الغياب. وفي رأينا لا داعي لهذا القياس لسببين:

أحدهما: أن المحبوس أو المسجون غائب عن زوجته وأن تقييد حرية الإنسان بالمحبس أن هو إلا صورة من صور الغياب وخاصة إذا كان السجن في مدينة غير المدينة التي تسكنها الزوجة.

والثاني: أن التفريق لهذا السبب ورد في الفقه الإسلامي فقال ابن تيمية في (الاختيارات العلمية): (القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع أمراته به إذا طلبت فرقه كالقول في امرأة المفقود بالاجماع كما قال أبا محمد المقدسي)^(١).

وبلاحظ أن الاطلاق الوارد في هذه الفقرة يسمح للزوجة بطلب التفريق بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، وأرى أن في ذلك تعسفا في استعمال الحق لأن الضرر الفعلي غير قائم بعد الحكم مباشرة، فكان على المشرع أن يضيف إلى هذه الفقرة عبارة: (بعد مضي سنة من حبسه) أسوة ببقية القوانين العربية، ولأن حياة السجن قد تطورت في قطرنا فيسمح بالالتقاء بين الزوجين بين آونة وأخرى.

٢- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الاتفاق منه (٢/٤٣).

والجديد في هذه الفقرة هو تبديل كلمة: (غاب) بـ (هجر)^(٢)، وقد فصل المشرع حسنا لأن الهجر أعم من الغياب إذ قد يتحقق بالهجر في الفراش وهو غير غائب.

٣- إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية (٣/٤٣).

هذه الفقرة مستحدثة واحكام هاتين الفقرتين (الثانية والثالثة) تعززها أدلة في الشريعة الإسلامية منها:

أ. قال سبحانه وتعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِنُفُوسِكُمْ أَوْ سَرُّوهُنَّ بِنُفُوسِكُمْ وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ فِرَارًا كَيْتَحْتَدُوا وَمَنْ يَعْلَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(١)، والامساك بالمعروف هو القيام

(١) الاختيارات، لابن تيمية، ص ١٤٦.

(٢) وكذلك حذف التعديل كلمة الضرر في النص لأنه واضح ومفهوم.

بما يجب لها من حقوق على زوجها^(١)، ومن حقوق الزوجة على زوجها حق التمتع والعاشرة، وهجر الزوج لزوجته قبل الدخول او بعده ليس امساكا بالمعروف بل ضرار وامساك بغير المعروف.

ب- قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلَغُوا عَلَيْكُمْ ذُنُوبًا حَكِيمًا﴾^(٢)، وهجر الزوجة دون مجرد بغي عليها وظلم وعدول عن الحق.

ج - من حلف ان يهجر زوجته ولا يعاشرها يطبق عليه حكم الايلاء بعد مرور اربعة اشهر فيفترق القاضي بينهما والتفريق يكون طلاقه بائنة، لقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُؤْلَوْنَ^(٣) مِنْ نِسَائِهِمْ ثَرْثِيصٌ^(٤) أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ أَفَاءُوا^(٥) فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٦)، ويمقتضى هذا النص كل من هجر زوجته حالفا الا يعاشرها اذا مضت اربعة اشهر ورافعت الزوجة الى الحاكم امره بالفئة فان ابى امره بالطلاق.

وقال بعض الفقهاء، كالنخعي والازاهي والحنفية يقع الطلاق بمجرد مضي اربعة اشهر.

وقال المالكية لا يشترط في هذا الحكم ان يكون هناك حلف من الزوج على الا يقرها بل مجرد الهجر يعتبر ايلاء موجبا للتفريق لان العبرة بالضرر الذي يلحق الزوجة نتيجة هذا الهجر وقال القرطبي المالكي: (قال علماؤنا ومن امتنع عن وطء امرأته بغير حلفه اضرارا بها امر بوطئها، فان ابى وقام على امتناعه من وطئها مضرا بها فرق بينه وبينها من غير ضرب اجل وقيل يضرب اجلا (الايلاء)^(٨)).

(١) سورة البقرة - الآية: ٢٣١.

(٢) الجامع لاحكام القرآن، للقرطبي، المرجع السابق.

(٣) سورة النساء - الآية: ٣٤.

(٤) اي يملفون.

(٥) التأخر والتأني.

(٦) اي رجعوا.

(٧) سورة البقرة - الآيات: ٢٢٦-٢٢٧.

(٨) الجامع لاحكام القرآن، المرجع السابق: ١٠٦/٣.

د- قال الرسول عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضراراً)^(١)، والامساك مع عدم المعاشرة الزوجية مضر وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التي أصبحت ضراراً لا مصلحة فيها.

هـ - أن عمر بن الخطاب في عهد خلافته كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد الآيات الآتية:

الا طال هذا الليل واسود جانبه وارقتني ان لا حبيب الاعبه^(٢)
فوالله لولا الله لا شيء غيه لزهج من هذا السرير جوانبه
غافة ريسي والحياء يكفني واكرام بعلي ان تنال مراكيه

فلما كان الغد استدعى عمر (ع) تلك المرأة وقال لها أين زوجك؟ فقالت بعثت به الى العراق. فاستدعى نساء فسالهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر عن زوجها؟ فقلن، شهرين، ويقل صبرها في ثلاثة اشهر، وينفذ صبرها في اربعة اشهر. فكتب عمر الى امراء الاجناد الا تحبسوا رجلاً عن امراته اكثر من اربعة اشهر^(٣).

و- قال الامام احمد بن حنبل في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها ويقول لا ادخل بها الى شهر يجبر على الدخول قال اذهب الى اربعة ان دخل بها والا لأفريق بينهما^(٤).

ز - التفريق للهجر والغياب أقره للمالكية^(٥) والحنابلة^(٦) والزيدية^(٧)، وعند المالكية المدة لثلاث سنوات في رأي وفي آخر سنة واحدة سواء وجد العنصر ام لم يوجد، وعند الحنابلة المدة الاصغر ستة اشهر اذا كان الهجر او الغياب بعذر^(٨)، والمشرع أخذ العنصر بنظر الاعتبار اخذاً بمذهب الحنابلة.

(١) مسند احمد: ٣١٣/١ (٢٨٩٧)، وكذلك أخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني.

(٢) وفي بعض المصادر هذا البيت هكذا، تطاول هذا الليل وأزود جانبه، وليس الى جنبي خليل الاعبه.

(٣) الجامع لاحكام القرآن، المرجع السابق.

(٤) المغني لابن قدامة: ٣/٣٠١.

(٥) منح الجليل في الفقه المالكي: ٣١٣/٢.

(٦) المغني لابن قدامة: ٨/١٤٢.

(٧) الروحة الندية في الفقه الزيدي: ٥٦/٢.

(٨) المغني، المرجع السابق.

٤- وتناولت الفقرة الرابعة من هذه المادة العيب التناسلي فأقرت للزوجة طلب التفريق اذا وجدت زوجها ما يمنعه من القيام بالواجبات الزوجية من اسباب عضوية او نفسية بعد ثبوت عدم امكان الشفاء بتقرير طبي مع تأجيل سنة اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي.

ولم يقيد المشرع هذا السبب بما قبل الدخول او بعده وهذا مما يتفق مع رأي الفقهاء المسلمين غير ان السائد في الفقه الاسلامي والاقترب الى العدالة هو تعميم هذا الحق حتى يشمل كلا الزوجين لان المانع من القيام بالواجبات الزوجية كما يكون في الزوج بالعنة والجلب وغيرهما يكون في الزوجة بالرتق والقرن كما في المرأة القرناء والرتقاء^(١).

٥- ونصت الفقرة الخامسة على اعتبار عقم الزوج من اسباب التفريق ان لم يكن للزوجة ولد على قيد الحياة.

هذا السبب استحدثه المشرع في التعديل الجديد. واول من حكم به في الاسلام هو عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) عندما بعث رجلا على بعض الساعية فتزوج امرأة وكان عقيما فقال له عمر اعلمتها انك عقيم؟ قال لا قال انطلق فاعلمها ثم غيرها^(٢).

ونقل الغزالي في الاحياء^(٣) في آداب النكاح آثارا واحاديث تحث على تفضيل من تلد من النساء على غيرها ومنها: ((خير نسائكم الولود الودود)).

والى جانب ذلك فانه ليس من العدالة حرمان الزوجة من عاطفة الامومة مدى الحياة دون ذنب. وبناء على ما ذكرنا فان المصلحة والضرورة وتحقيق هدف الزواج كل هذه الامور تستدعي اعتبار العقم سببا من اسباب التفريق القضائي عند توافر الشروط التالية:

١. التأكد من عقم المدعى عليه.

٢. مراعاة من الطرف المقابل وقابليته لانجاب الاولاد لو تفردا.

٣. لا يكون طالب التفريق عقيما ايضا بشكل مؤكد^(٤).

(١) القرناء من وجد في عضوها الجنسي قرن من لحم او عظم يكون مانعا من القيام بالواجبات الزوجية، والرتقاء: من انسد عضوها الجنسي بلحم او عظم.

(٢) زاد المعاد لابن القيم: ١٤/٤.

(٣) ٢١/٢.

غير انه يواخذ على هذه الفقرة ايضا انها المردت الزوجة بهذا الحق مع ان العقم سبب مشترك فالمفروض ان يكون المسبب مشتركا ايضا.

٦- وتناول الفقرة السادسة الامراض والعلل التي تسمح بحق طلب التفريق كالجذام والبرص والسل والزهري والمجنون وامثال ذلك. فاذا ثبت طبيا امكان زوالها يؤجل لحين الزوال والا فيفترق بينهما بعد الطلب وثبوت المرض.

ويلاحظ ان كل ما ورد في هذه الفقرة كان موجودا في القانون السابق مع نقص لم يتداركه التعديل وهو اعتبار هذه الاسباب مشتركة بين الزوجين تسمح لكل طلب التفريق اذا وجد الاخر مصابا بعلّة لا يمكن معها المعاشرة.

ان هذا النهج الذي سلّكه المشرع هو مذهب الحنفية الذي كان المصدر الوحيد المعمول به منذ العهد العثماني الى تقنين قانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

والذي استقر عليه فقهاء المسلمين هو ان الحق مشترك لان اسبابه مشتركة وكان الاخرى بالمشرع ان يأخذ بهذا الرأي لاختلاف الطلاق والتفريق في كثير من الآثار منها ان الزوجة المصابة بما يمنع الواجبات الزوجية اذا طلقها زوجها قبل الدخول تستحق نصف المهر لكن اذا انتهت العلاقة الزوجية بينهما قبل الدخول عن طريق التفريق القضائي لهذا السبب او لسبب اخر خاص بها لا تستحق شيئا من المهر هذا ما تقره العدالة^(١) لان التفريق كان بسبب منها، وبصورة خاصة ان المشرع لم يحدد اسباب التفريق واخذ في هذا برأي بعض فقهاء المسلمين كابن القيم الذي قال: (والقياس ان كل عيب يتضرر منه الزوج الآخر ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار)^(٢).

٧- ونصت الفقرة السابعة والثامنة والتاسعة من هذه المادة على حق الزوجة في طلب التفريق اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر او تعذر تحصيل النفقة بسبب

(١) عبدالرحمن الصابوني، مدى الحرية الزوجين في الطلاق، ٢/ ٢٨٠.

(٢) ينظر: في تفصيل ذلك الشرح الصغير وحاشية تحفة السالك لا تقرب المسالك في الفقه المالكي، ٣٩٧/٢.

(٣) زاد المعاد، لابن القيم، ٤/ ٣٤.

غياب الزوج أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه لمدة أكثر من سنة أو امتناعه عن النفقة المتراكمة المحكوم بها.

ان ما ورد في هذه الفقرات باستثناء النفقة المتراكمة احكام اقرها فقهاء المسلمين بالتفصيل، قال القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ أَنْ يَنْفَرُوهُنَّ أَوْ يَسْرُوهُنَّ يَمْزُوجُهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ مُزَاجًا لِّتَعْتَبُوا﴾^(١)، قال جماعة من العلماء ان من الامسالك المعروف ان الزوج اذا لم يجد ما ينفق على الزوجة ان يطلقها فان لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من اجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها.

وبهذا قال مالك والشافعي واحمد واسحاق وابو ثور وابو عبيد، وقاله من الصحابة عمر وعلي وابو هريرة ومن التابعين سعيد بن المسيب.

وقال ابن قدامة: (ان الرجل اذا منع امرأته النفقة لعسرته فالمرأة عجيبة فان اختارت فراقه فرق الحاكم بينهما لان عمر كتب الى امراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بان ينفقوا او يطلقوا فانطلقوا بعثوا نفقة ما مضى).

وان امتنع عن الاتفاق مع يساره... ولم يقدر الحاكم على مال له يأخذه او لم يقدر على اخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ. وقال ايضا: فاذا لم ينفق المוסر فعليه كمال الاعصار بل هذا اولى بالفسخ لانه اذا جاز الفسخ من له العذر فعلى غيره اولى، ولان في الصبر ضررا امكن ازالته بالفسخ فوجب ازالته^(٢).

ولكن يرى ابن حزم الظاهري: (ان الزوج اذا عجز عن نفسه وكانت زوجته غنية كلفت هي بالاتفاق عليه ولا ترجع عليه بشيء. من ذلك ان امسر، لان الزوجة وارثة الزوج فعليها نفقته ان امسر بنص القرآن^(٣)).

ان ما استحدثه التعميد في الفقرة التاسعة من هذه المادة من ان النفقة المتراكمة المحكوم بها سبب من اسباب التفريق لم اقف على مصدر له في الفقه الاسلامي، كما ان الضرر الموجب للتفريق غيى قائم اذا عاد الزوج الى الاتفاق على زوجته وبقيت النفقة المتراكمة دينا في ذمته.

(١) سورة البقرة - الآية: ٢٢١.

(٢) ينظر: في تفصيل ذلك المغني لابن قدامة، ٥٧٣/٧-٥٧٦، الدردير على سيدي خليل، ٦٠٨/٢.

(٣) المولى: ٩٢/١٠.

ولا ارى ان يكون دين الزوجة في ذمة زوجها يكون داعيا الى التفريق طالما ان الزوج عاد ليستمر على الاتفاق.

"للزوجة الحق في التفريق قبل الدخول وفي هذه الحالة على المحكمة ان تفتسي بالتفريق بعد ان ترد الزوجة الى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لاهراض الزواج". هذا ما ورد في ختام المادة (٤٣) المعدلة.

ومن وجهة نظري ان اعطاء هذا الحق للزوجة ان كان لسبب من الاسباب السابقة فانه تكرار وان كان هو سبب آخر فانه فتح باب لهدم كيان زوجي قائم دون مجرد وبصورة خاصة فان الحياة الزوجية في الطرف الواقع بعد العقد وقبل الدخول يتعرض لتدخل كثير ممن تسول لهم انفسهم ان يتدخلوا لا لمصلحة الزوجين بل لمجرد التخريب واث الشقاق والفتنة.

ونأصل ان يعيد المشرع النظر في الحكم الولد في هذه الفقرة الاخيرة لان التعديل جاء للقضاء على الفوضى وازالة الضرر الناشئ من سوء تطبيق احكام الاسرة.

المبحث الثالث

احكام الحضانة

الحضانة - بكسر الحاء وفتحها - لغة تعني جعل الشيء في ناحية وضمه الى الجنب. وحضانة الام لولدها هي: ضمها اياه الى جنبه وعزله من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفظه ونظافته وتربيته...^(١).

وقد تناولت المادة (٥٧) المعدلة من قانون الاحوال الشخصية احكام الحضانة كما يلي:
١. الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفقرة ما لم يتضرر المحضون من ذلك (م٥٧/١)^(٢).

حذف التعديل قيد: (النسبية) واذاف قيد: (ما لم يتضرر المحضون من ذلك) لعدم فائدة القيد الاول واهمية الثاني، وان كانت الشروط الواردة في الفقرة الثانية قد قللت من اهمية هذا القيد ايضا.

وبلاحظ على هذه الفقرة قبل التعديل وبعد، انها عممت احقية الام بالحضانة لتشمل حالتي الزوجية والفرقة مع ان الحضانة بالمعنى القانوني المعروف لا وجود لها في حالة قيام الزوجية، ولا تطرح مسألة احقية الام بها؟ لان الطفل حينئذ يعيش في حضن ابيه وتحت رعايتهما وتربيتهما. يقول الباجوري - وهو من فقهاء الشافعية -: (اذا فارق الرجل زوجته بطلاق او فسخ لو غيرها ولد منها فهي احق بحضانتها اما اذا لم يكن هنالك مفارقة بين الرجل والمرأة فان الولد يكون معها يقومان بكفائته)^(٣). ويقول الطوسي - وهو من فقهاء الجعفرية -: (اذا بانث المرأة من الرجل ولها ولد منه فان كان طفلا لا يميز فهي احق به بلا خلاف)^(٤).

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاظمي، ٢٢٥٢/٥.

(٢) نص الفقرة قبل التعديل "الام النسبية احق بحضانة الولد وتربيته حال الزوجية وبعد الفقرة"

(٣) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الفري، في الفقه الشافعي، ١٩٤/٢.

(٤) الخلاف في الفقه للطوسي، ٣٣٦/٢.

ويقول الدردير المالكي: (وحضانة الذكر للبلوغ والانثى للدخول للام، وهذا في الام المطلقة او من مات زوجها، واما من في عصمة زوجها فهي حق لهما)^(١).

وبالاضافة الى ذلك فان مصدر احقية الام بحضانة الولد هو رواه عبدالرحمن بن عمرو بن العاص من: ((ان امرأة قال يا رسول الله ان ابني هذا كانت بطني له وعاء وشدي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقلال لهما رسول الله ﷺ) انت احق به ما لم تنكحي)^(٢).

وهذا النص اقر احقية الام بالحضانة بعد الفقرة ما لم تنزوج. ولذا اترح ان تعدل هذه الفقرة وتصاغ بالشكل الآتي: (الام احق بحضانة الولد وتربيته بعد الفقرة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

٢- يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم وغير متزوجة باجنبي عن المحضون (٢/٥٧)^(٣).

لم يطرأ تعديل على هذه الفقرة سوى تبديل الولد بالمحضون. ولا تبدو لهذا التغيير اهمية فضلا عن انه ادى الى تكرار كلمة المحضون في فقرة واحدة وهذا معيب من حيث الصياغة.

وبعد ان تناولت الفقرة الاولى احقية الام بالحضانة جاءت الفقرة الثانية لتشجع الى ان تلك الاحقية ليست على اطلاقها وانما يجب ان تتوافر فيمن يقوم بمهمة الحضانة أمأ كانت ام غيرها شروط تزهلها لهذه المهمة لان مصلحة الطفل فوق جميع الاعتبارات، فاذا تخلف شرط منها يتولى الغير الحضانة.

يقول ابن قدامة: (الام احق بكفالة المحضون بعد الافتراق وهذا قول يمي الانصاري والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق واصحاب الرأي ولا نعلم احدا خالفهم)^(٤).

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاري، ٤٩٠/١.

(٢) مسند أحمد: ١٨٢/٢ (٦٧٠٧)، وكذلك أخرجه أبو داود والحاكم والبيهقي.

(٣) نص الفقرة قبل التعديل: "يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية الولد وصيانتهم وغير متزوجة باجنبي عن المحضون".

(٤) المغني لابن قدامة: ٦١٢/٧.

شروط ممارسة الحضانة

نصت الفقرة الثانية المذكورة على ان مهمة الحضانة لا تسلم إلا الى من تتوفر فيه الشروط التالية:

أ. البلوغ: لان الانسان دون البلوغ ليس اهلا لادارة شؤون نفسه فلا يكلف بما يتعلق به.

ب. العقل: لان المحضون بحاجة الى عناية الفهم فاذا كانت الحضانة لا تستطيع القيام بأمرها فمن باب أولى لا تستطيع ذلك بالنسبة الى غيرها.

ج. القدرة على التربية: فاذا كانت بها من العاهات والامراض ما يعجزها عن القيام بشؤون المحضون وعن حفظه فلا تكون اهلا للحضانة^(١).

د. الا تكون متزوجة بفهم ذي رحم للمحضون لان الزوج الاجنبي (الغريب) لا يحمل غريزة العطف والشفقة والحنان على المحضون في الاعم الاغلب الذي قد يدفعه الى عدم تمكن زوجته (ام المحضون) من القيام بواجبات الحضانة كأم وكعاهنة، وقد أشار الرسول (ﷺ) الى ذلك في قوله: ((انت احق منه ما لم تنكحي))، وعلى الكاساني ذلك بان الزوج الغريب لا يمكن زوجه من الحضانة بصورة تكون من مصلحة الطفل^(٢).

وعلى هذا الاساس اعتبر فقهاء المسلمين الزواج من مسقطات حق الحضانة^(٣) لكن اذا طلق او توفي زوجها عاد حقها خلافا لمالك حيث يرى ان الزواج ابطال حقا فلا يعود^(٤). غير ان الظاهرية ذهبوا الى ان الام لا تفقد احقيتها بالحضانة بالزواج اذا توفرت فيها

(١) وقد حكم مجلس التمييز السني في قراره المرقم (٤٩٠) في ٢١/١٠/١٩٦١ ما يلي: اذا اصيبت الام بالتدنن بحيث اصبحت غير قادرة على رعاية شؤون الصغير كانت جدته لام احق بمضانته من عمتها، واصدر مجلس التمييز الشرعي الجعفري في قراره المرقم ٩٦٣/٣٤٠ في ٩-٦-١٩٦٢ ما يلي: وللمحكمة تجريد حضانة الام لابنتها اذا تحققت اصابة الام بمرض عصبي يمنحها من القيام بمضانة الصغيرة.

(٢) بذائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٧٥٢٢/٥.

(٣) حاشية الباجوري، المرجع السابق، ١٩٨/٢.

(٤) الشرح الصغير مع حاشية الصاري في الفقه المالكي، ٤٩٠/١.

بقية شروط الحضانة^(١). ومن وجهة نظري ان المعيار ليس الزواج او عدمه وانما مصلحة المحضون ثم ان نسبة حق الحضانة الى الام لا تقدر من قبض لان الحق في مثل هذا القيام يعني الالتزام بدليل انها اذا توفرت فيها شروط لا تستطيع التنازل عن هذا الحق بناء على ان اساس حكم الحضانة هو رعاية مصلحة الطفل.

٣- اذا اختلفت المحاضنة مع من يجب عليه نفقة المحضون في اجرة المحاضنة قدرتها المحكمة ولا يحكم باجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة. او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي (٣/٥٧)^(٢).

ان هذه الصياغة اشمل وأتقن من عبارة الاصل قبل التعديل "اذا اختلف الزوجان في اجرة الحضانة" لان المحاضن قد لا تكون زوجة "أم المحضون" كما ان من يجب عليه النفقة قد لا يكون زوجا "أبا المحضون" في كل حال.

غير ان المشرع خلط بين حكم اجرة الرضاع واجرة الحضانة في حالة قيام الزوجية او عندما تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي وذلك لانه لا وجود للحضانة بالمعنى القانوني في هاتين الحالتين كما ذكرنا في التعليق على الفقرة الاولى من هذا النص لان الولد ينشأ ويرتبي تحت اشراف وتربية الابوين دون ان تثار مشكلة الاجرة حتى يبين المشرع حكمها وما اتى به انما يكون بالنسبة الى اجرة الرضاع كما يقول الكاساني: (وكذلك ان كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها ان تأخذ الاجرة على الارضاع كما لا يجوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه)^(٣).

٤- للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة ان تأذن بتعديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشرة ان ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقتضي

(١) المهلي لابن حزم: ٣٣١/١٠.

(٢) نص الفقرة قبل التعديل: (اذا اختلفت الزوجان في اجرة الحضانة قدرها القاضي في مصلحة الصغير).

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٢٥٧/٥.

بذلك على الا يبيت عند حضانتها^(١).

ان ما ورد في هذه الفقرة من جواز تمديد مدة الحضانة الى سن البلوغ موافق لمذهب المالكية والظاهرية. جاء في الشرح الصفي^(٢): (وحضانة الذكر للبلوغ والانثى للدخول للام ولو كانت غير مسلمة)، وجاء في المحلى^(٣): (الام احق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض او الانبات مع التمييز وصحة الجسم تزوجت ام لم تتزوج).

ويبدو لنا من هذين النصين ان الام احق بالحضانة لغير بلوغ المحضون لدى المالكية والظاهرية دون حاجة الى حكم المحكمة والرجوع الى اللجان المختصة وبذلك يعتبر ما جاء فيها اوسع بكثير مما اتى به التعديل الجديد.

وبلاحظ على هذه الفقرة ما يلي:

أ - كان على المشرع ان يذكر: (الولي) بدلا من: (الاب) حتى يشمل جميع الاولياء من اب وغيره لان النظر في شؤون المحضون كما يكون للاب يكون لغيره من الاولياء..

ب- كان الاولى ان يستعمل: (على) بدلا من: (اللام) ويقال على الولي) او (على الاب) بدلا من: (للأب) لان كلمة (على) للالتزام والايجاب واللام للتخييع، ومن البدهي ان النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه واجب على الولي شرعا وقانونا سواء اكان ابا ام غيره.

ج- كان على المشرع ان لا يحدد مدة النظر في شؤون المحضون باكمال العاشرة من العمر لان الحياة تطورت وتعقدت فاصبح الاولاد في حياتنا المعاصرة بحاجة الى رعاية ابائهم لا في المعيشة فحسب بل في التربية والتوجيه والتعليم مدة لا تقل عما تستغرقه مراحل الدراسة من الزمن بعد ان اصبحت الدراسة عمودا فقرسا لكيان الفرد في المجتمع.

(١) نص الفقرة قبل التعديل، للاب غيره من الاولياء النظر في المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم السابعة من عمره لكنه لا يبيت ليلا عند حاضنته ما لم يحكم القاضي خلاف ذلك.

(٢) ٤٩٠/١.

(٣) ٣٢٣/١٠.

د- ويبدو ان المشرع قبل التعديل كان اكثر توفيقا في صياغة هذه الفقرة حيث قيد: (لا يبييت الا عند حاضنته) بقيد (مما لم يحكم القاضي بخلاف ذلك) وذلك لاهمية هذا القيد وفائدته في بعض الحالات.

هـ- اذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكمال الثامنة عشرة من العمر اذا انست المحكمة من الرشد في هذا الاختيار (٥٧/٥).

ان ماورد في هذه الفقرة موافق لاراء فقهاء المسلمين، جاء في المغني: (ولا تثبت الحضانة الا على الطفل او المعتوه فاما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه واليه الحجة في الإقامة عند من يشاء من ابويه)^(١)، وجاء في المحلى: (واذا بلغ الولد والابنة عاقلين فهما املك بأنفسهما وسكنا انما احبا)^(٢)، وقال الباجوري: (وتنتهي الحضانة في الصغير والصغيرة بالبلوغ وفي المجنون بالافاقة، ثم ان بلغ رشيدا فله ان يسكن حيث يشاء ولا يجبر على الإقامة عند ابويه، والاولى الا يفارقهما، وان خيفت الفتنة من الانفراد استنعت المفارقة)^(٣).

٦- للحاضنة التي انهيت حضانتها بحكم ان تطلب استرداد المحضون ممن حكم له اذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده (٥٧/٦).

ان ما ورد في هذه الفقرة حكم سليم لان مدار الحاضنة هو مصلحة المحضون فايتمنا تحصل تلك المصلحة يجب ان يكون هناك المحضون.

٧- في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير (٥٧/٧).

انتقال الحضانة من الام الى الاب عند تخلف شرط من شروطها انما هو على مذهب الجعفري. يقول الطوسي: اذا بانث للمرأة من الرجل ولها ولد منه فان كان طفلا لا يميز فهي احق به بلا خلاف وان كان طفلا يميز فان كان ذكرا فالاب احق به وان كان انثى فالأم احق بها ما لم تتزوج فاذا تزوجت فالاب احق بها^(٤).

(١) المغني، لابن قدامة، ٦١٤/٧.

(٢) المحلى، لابن حزم الظاهري، ٣٣١/١٠.

(٣) حاشية الباجوري، المرجع السابق، ١٩٤/٢.

(٤) الخلاف، للطوسي، ص: ٣٣٦.

٨- اذا لم يوجد من هو اهل للحاضنة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن اصين كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها (٨٧/٨).

كان المفروض ان يقول المشرع: (اذا لم توجد من هو اهل للحضانة من الابوين تنتقل الى من يليها من الاقارب) دون اطلاق الحاضنة والحاضن. غير انه راعى مصلحة المحضون بغض النظر عن كون الحاضنة او الحاضن من الاقارب او من غيرهم.

٩- اذا مات اب الصغير او فقد احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه مادامت محتفظة بشروط الحضانة دون ان يكون لاقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها فيه حين بلوغه سن الرشد (٩٧/٩).

ولو أخذ المشرع بمذهب المالكية والظاهرية في الفقرة الرابعة من هذه المادة واعطى للام حق الحضانة الى البلوغ للذكر والى الدخول للانثى دون حاجة الى موافقة المحكمة لما احتاج الى اضافة هذه الفقرة الاخيرة الى الفقرات السابقة.

المبحث الرابع

ميراث البنت في ضوء التعديل الجديد

اضاف التعديل رقم ٢١ لسنة ١٩٨٧ الى المادة (٩١) فقرة جديدة وهذا نصها: (تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروعهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم). استهدف التعديل من ذلك ان يساوي البنت بالابن في حجبها لمن يحجب الابن في ارث احد الابوين كما جاء في الاسباب الموجبة^(١). وهذا الحكم موافق لما هو مقرر في المذهب الجعفري حسب تقسيم هذا المذهب الاقارب المستحقين للتركة من الورثة الى المراتب الثلاث التالية:-

المرتبة الاولى: الابوان المباشران والاولاد واولاد الاولاد وان نزلوا.

المرتبة الثانية: الاجداد والجدات وان علوا والاخوة والاخوات وفروعهم.

المرتبة الثالثة: الاعمام والعصات، والاخوال والحالات وفروعهم.

وملغضى هذا التقسيم ان وجد وارث من المرتبة الاولى ذكرا كان ام انثى لا يرث احد من المرتبة الثانية والثالثة. وان وجد شخص وارث من المرتبة الثانية يحجب من يكون في المرتبة الثالثة. كما ان كل وارث من الدرجة الاولى في كل مرتبة يحجب من يكون من الدرجة الثانية في نفس المرتبة. فالاولاد يحجبون لولادهم، والاخوة والاخوات يحجبون فروعهم وهكذا^(٢).

وبناء على ذلك فان بنت المتوفي تحجب من تركته كل من يحجب ابنه لان كلا منهما في مرتبة واحدة وفي درجة واحدة.

وكان ميراث البنت قبل هذا التعديل قد يختلف في المذهبين السني والجعفري لان المادة (٩٠) من قانون الاحوال الشخصية المعدل تحيل توزيع التركات وتحديد الانصبة للاقارب من الورثة الى الاحكام الشرعية المفصلة في المذاهب الفقهية الاسلامية حيث تنص على مايلي:

(١) قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، طبع دار الحرية، ١٩٨٧، ص ٢٢.

(٢) ينظر: ايضاح الفوائد في شرح القواعد، للفقيه الجعفري محمد بن الحسن الحلي، ٣٠٨/٤-٣٠٩.

مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبه على الورثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ كما تتبع فيما بقي من احكام الموارث).

ويعتضى هذه الاحالة لم يكن ميراث البنات او البنات جاريا على طريقة موحدة لدى المحاكم الشرعية العراقية بل كان القاضي الجعفري يقضي بما اقره التعديل الجديد من حجب البنات لكل من يحبه الابن من الورثة في حين ان حكم القاضي السني كان قد يختلف فيحكم بالنصف لبيت واحدة وبالثلاثين لبيتين فاكثر عند عدم وجود ابن للمتوفي وبالموتور ما تبقي لا قرب العصبات، وبالرد على البنات او البنات عند عدم وجوده، كما هو المقرر لدى كافة المذاهب الاسلامية باستثناء للمذهب الجعفري وذلك استنادا الى نصوص من سنة الرسول (ﷺ) منها ما يلي:

أ. روى ابن عباس عن النبي (ﷺ) انه قال: ((اعطوا الفرائض باهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر))^(١)، ويعتضى هذا النص ان ما يبقى بعد حصص اصحاب الفروض يكون لا قرب عصبة صفها كان ام كيبا بدليل ذكر الذكر بعد الرجل. وتعتبر الاخوات الشقيقات والاخوات من الاب من العصبات مع الفروع عند الاجتماع مع بنت للمتوفي او بنت ابنه، ويكون حكمهن حكم الاخوة الاشقاء لو من الاب^(٢).

ب - جاءت امرأة سعد بن الربيع الى الرسول (ﷺ) بابتيتها مع سعد فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل ابوهما معك في احد شهيدا وان عمهن اخذ ما لهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا بما ل فقال: يقضي الله في ذلك، فنزلت آية الموارث. فارسل رسول الله (ﷺ) الى عمهما فقال: اعط ابنتي سعد الثلثين وامهما الثمن وما بقي فهو لك^(٣).

ج - عندما سئل ابن مسعود عن كيفية توزيع تركة من توفي عن ابنة وابنة ابن واخت شقيقة قال: اقضي بما قضى النبي: للبنات النصف ولابنة الابن السدس تكلمة للثلثين. وما بقي فللاخت^(٤).

(١) متفق عليه: صحيح البخاري ٢٤٧٦/٦، وصحيح مسلم: ١٢٣٣/٣ (١٩١٤).

(٢) المذهب لابي اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي، ٢٧/٢.

(٣) سنن الترمذي: ٤١٤/٤ (٢٠٩٢).

(٤) صحيح البخاري: ٢٤٧٧/٦ (٦٣٥٥).

وقد نشأ من هذا الخلاف بين الفقه السني والفقه الجعفري الاختلاف في مبررات البنت أو البنات في كثير من المسائل التطبيقية منها:

أ - إذا توفي شخص عن بنت أو بنتين فأكثر مع أخ شقيق، أو لأب، أو أخت شقيقة ولأب، أو ابن أخ شقيقة، ولأب، أو عم، أو ابن عم، فالتركة تكون للبنت أو البنات فرضاً ورداً لدى الجعفري، ويكون للبنت النصف وللبنات الثلثان وما تبقى يكون للأخ أو ابنه أو الأخت أو العم أو ابنه لدى فقهاء أهل السنة.

ب - إذا توفي شخص عن أم وأب وبنت يكون لكل من الأبوين السدس وللبنات النصف، والباقي يرد عليهم بالنسبة إلى حصصهم لدى الجعفرية^(١) ويكون للأب فقط تعصيباً لدى أهل السنة.

ج - إذا توفي شخص عن أم مع بنت أو بنتين فأكثر يكون للأم سدس التركة وللبنات النصف وللبنات الثلثان وما يبقى يرد على الأم والبنت أو على الأم والبنات بالنسبة إلى حصصهن باتفاق جميع فقهاء المسلمين. ولا اعتقد أن يكون هنالك رأي يخالف ذلك.

وفي ضوء هذا العرض الموجز نستطيع أن نورد على التعديل الجديد بالنسبة إلى مبررات البنت أو البنات للملاحظات التالية:

١- أن ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩١) المعدلة بشأن مبررات البنت أو البنات حكماً أحدهما يتفق مع المذهب الجعفري والثاني يصطدم مع رأي جميع فقهاء المسلمين.

الحكم الأول الموافق للمذهب الجعفري هو أن بنت المتوفي تحجب من التركة كل ما يحجبها ابن المتوفي.

الحكم الثاني المخالف لاجماع فقهاء المسلمين هو أن البنت تستحق ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم طبقاً لنص الفقرة الثانية المذكورة أعلاه.

ويعتضى هذا النص إذا توفي شخص عن أم وبنت يكون للأم السدس والباقي يكون للبنت، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء بل المقرر في الأحكام الشرعية الإسلامية هو أن للأم السدس وللبنات النصف وأن الباقي يرد عليهما بالنسبة إلى حصصهما. ومن الواضح أن هذا الحكم في الشريعة الإسلامية أقرب إلى العدالة لأن الأم - وهي في

(١) إيضاح الفوائد في شرح القواعد، المرجع السابق، ٢١١/٤.

مرحلة الشيخوخة - تستحق الرعاية والاهتمام أكثر من البنت التي سوف تتزوج ويكون الزوج هو المسؤول عن الانفاق عليها، وقد تكون موظفة كما هو الغالب في حياتنا المعاصرة.

٢- إن ما جاء به التصديق من حكم ميراث البنت أو البنات يتعارض مع النهج الاشتراكي الذي هو أحد الأهداف الرئيسية للدولة، لأن ثروة المتوفي يملكتها هذا التعديل تؤهل إلى البنت وحدها عند عدم وجود الأبوين وأحد الزوجين رغم وجود الأخوة والأخوات أو أولاد الابن أو أولاد البنت للمتوفي، حيث تنص الفقرة المذكورة على أن: (وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم) أي عدم وجود الأبوين وأحد الزوجين. كما أنه يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية التي استهدفت تفتيت الثروات الكبيرة وتجزئتها إلى ملكيات صغيرة من جهة والعمل على بقاء وحدة وتماسك الأسرة وتضامن أفرادها وإزالة أسباب البغض والحقد والحسد بينهم من جهة أخرى.

إن أية محاولة لتحقيق المساواة بين الابن والبنت في أحكام الميراث تصطدم مع سنة الحياة وواقع الطبيعة البشرية القرآن الكريم عندما أعطى الذكر من التركة أكثر مما أقره للأنثى لم يقصد بذلك تمييز وتفضيل الذكر على الأنثى كما زعم البعض، بل الواقع هو عكس ذلك تماماً فالإسلام فضل الأنثى على الذكر في مجال المركز القانوني والاجتماعي. وغير شاهد على ذلك هو أن أحداً من أصحاب الرسول (ﷺ) قال يا رسول الله أي الناس أحق مني بحسن الصحبة؟ قال: أمك، قال ثم من؟ قال أمك، قال: ثم من قال أمك، قال ثم من؟ قال أبوك^(١).

إن هذا الحكم من رسول الله (ﷺ) لدليل واضح على تفضيل الأنثى على الذكر اضعافاً مضاعفة.

وأما إرادة القرآن الكريم بالفرق بين الذكر والأنثى في الميراث رعاية للعدالة في مساواة حقوق الفرد مع التزاماته. ومن البدهي أن حقوق المواطن يجب أن تكون مساوية لالتزاماته، وإن كل إخلال بذلك خروج عن العدالة ومخالف للمستور الذي هو أعلى قانون في كل بلد، كما أن من الواضح أنه لا تزال التزامات الرجل أكثر من التزامات المرأة في الأسرة بل في المجتمع اشتراكياً كان أم غير رغم تطور الحضارة البشرية ودخول المرأة في معركة الحياة إلى

(١) متفق عليه: صحيح البخاري: ٢٢٢٧/٥ (٥٦٢٦)، وصحيح مسلم: ١٩٧٤/٤ (٢٥٤٨).

جانب الرجل في شتى المجالات. ولا يزال الزوج هو المسؤول عن المهر وعن نفقات مراسيم الزواج وعن الاتفاق على الأولاد وعن مواجهة الأعداء في الحروب.

ان التعديل الجديد لم يحاول تحقيق المساواة بين الابن والبنت في الميراث عند عدم الابن فحسب بل ذهب الى ابعاد من ذلك فاعطى البنت اكثر مما يستحقه الابن، وذلك لان الجدة والجدة يرقان مع ابن المتوفي بمقتضى المادة (٩٠) التي احوالت توزيع الانصباء والاستحقاق الى المعاكم الشرعية، حيث ان هذه الاحكام تقضي بان ابن المتوفي لا يحجب جده وجدته باستثناء المذهب الجعفري، في حين ان كلا من الجد والجدة لا يرث مع بنت المتوفي طبقا لهذا التعديل.

العدالة تقضي بان يحل اولاد الابن او البنت محل ابيهم لو امهم اذا مات الاب او الام قبل وفاة الجد، وهذا ما اقره اكثر قوانين البلاد العربية، منها قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٦٤ تحت عنوان "الوصية الواجبة" حيث تنص المادة (٧٦) منه على انه: (اذا لم يوص للميت لفرع ولده الذي مات في حياته او مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا من تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث).

وطبقا لهذا النص اذا كان لشخص اولاد ذكورا كانوا ام اناثا ومات احدهم قبله وترك فروعا فانهم يحلون محله في الميراث، وهذا حكم يدهو اليه الانصاف والعدالة واقره الفقه الاسلامي^(١) مع انه لا يجوز العمل به بمقتضى هذا التعديل.

كان الاخرى بالمشروع ان يعالج للمشاكل القائمة المستورة منذ اكثر من الف سنة في هذا القطر بالنسبة لبعض المسائل الاخرى في الميراث كمشكلة ميراث اولاد البنت فهم من المرتبة الاولى من الاقارب عند الجعفرية في حين انهم من المرتبة الاخيرة من الاقارب عند اهل السنة. وعلى سبيل المثال اذا توفي شخص عن ابن بنت وابن هم فالميراث كله يكون لابن البنت عند الجعفرية ولابن العم عند اهل السنة، ومن البدهي ان القانون يشترع ويعيد ويلغي في ضوء حاجات البلد. ولكل ما ذكرنا فان العدالة تدعو الى اعادة النظر في تعديل المادة (٩١) من قانون الاحوال الشخصية بما يتفق مع روح الشريعة الاسلامية.

(١) ينظر: الهلي، لابن حزم، ٣١٤/٦.

**مقترحات لتعديل قانون
الاحوال الشخصية رقم
(١٨٨) لسنة ١٩٥٩**

مقترحات تتعلق بالزواج

- تعديل الفقرة الاولى من المادة الاولى وما يحل محلها والاسباب الموجبة.
- الغاء الفقرة الاولى من المادة الثالثة واستحداث مادة لاحكام انحلال الخطبة والاسباب الموجبة.
- تعديل الفقرة الاولى من المادة التاسعة والاسباب الموجبة.
- اضافة فقرة ثالثة الى المادة (٢٣) والاسباب الموجبة.
- الغاء الفقرة (ب) من المادة (٢٥) والاسباب الموجبة.

مقترحات تتعلق بانحلال الزواج:

- الغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٥) والاسباب الموجبة.
- الغاء المادة (٣٨) وما يحل محلها والاسباب الموجبة.
- الغاء او تعديل المادة (٤٢) والاسباب الموجبة.

مقترحات تتعلق باحكام الوصية والميراث:

- تعديل المادة (٧٤) وما يحل محلها والاسباب الموجبة.
- تعديل الفقرة الثانية من المادة (٩١) وما يحل محلها والاسباب الموجبة.

١- كما ان لكل دولة في العالم المتحضر دستورا وظيفته التصميم والتخطيط ووضع خارطة لتنظيم حياة المجتمع وتحويل المشرع تشييد ابنية القوانين في ضوء تلك الخارطة حسب مستلزمات الحياة كذلك شأن القرآن فهو دستور خالد للأسرة البشرية صنع دائرة من الاخلاق واقتصر على الكليات وخول العقل البشري ارجاء الجزئيات الى تلك الكليات في كل زمان ومكان وامره بان يتحرك وفق متطلبات الحياة على ان يكون هذا التحرك ضمن تلك الدائرة الاخلاقية.

غير انه تناول احكام الاسرة بتفصيل بحيث ضيق مجال الاجتهاد للفقيه والمشرع والقاضي في تلك الاحكام والسر في ذلك ان الاسر خلايا هيكل المجتمع ان فسدت فسد المجتمع وعمت الفوضى وسادت الرذيلة وان صلحت صلح المجتمع وعم الحمى وسادت الفضيلة.

وانبثاقا من هذا الواقع اقتصرت مصادر قوانين الاحوال الشخصية للبلاء العربية وغير العربية من دول الاسلامية في الشريعة الاسلامية فما ورد فيها من احكام تتعارض مع الشريعة انما هو من أخطاء لجنة اعداد مشروع هذا القانون او تعديلاته ولم تكن المخالفة مقصودة من المشرع.

٢- قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ كان القضاء العراقي يطبق في احكام الاسرة فقه ابي حنيفة وفقه الامامية، وعندما صدر هذا القانون لم يتناول جميع احكام الاحوال الشخصية بل تناول احكام الزواج والطلاق والوصية وبعض احكام الميراث ونصت المادة (٩٠) منه على انه مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبه على الورثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٣- وتداركا للنقص الموجود في هذا القانون ونظرا لحدوث تطورات ولظروف مر بها العراق اجريت عليه عدة تعديلات لم تكن موفقة في سد ذلك النقص واستجابة تلك

المستجدات، بل بعكس ذلك استحدثت حقوقا لبعض على حساب التزامات لبعض
آخر بحيث لم تكن هذه الحقوق والالتزامات متعادلة في الحجم.
٤- ان مسؤوليتي الدينية والوطنية تحتم علي عرض بعض الملاحظات والمقترحات حول هذا
القانون على السادة المسؤولين راجيا ان تؤخذ في نظر الاعتبار موزعا هذا العرض
من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث يخص الاول لما يتعلق بالزواج والثاني
لاحلل الزواج والثالث في الوصية والميراث.

المبحث الأول

مقترحات تتعلق بالزواج ومقدماته

قبل الدخول فيما يتعلق بالخطبة والزواج من الضروري الإشارة الى خطأ موجود في الفقرة الاولى من هذا القانون ومن اكثر القوانين المدنية العربية بضمنها القانون المدني العراقي القائم التي نصها: (تسري النصوص التشريعية لهذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها او في فحواها).

البديل المقترح: (تسري النصوص التشريعية لهذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها بمنطوقها او مفهومها).

الاسباب الموجبة:

١-الاختصار في الصياغة لان عبارة (هذه النصوص) زائدة وحشو.
٢-ان هذه الفقرة تعطي للقاضي صلاحية استقاء احكام القانون من قناتين فقط وهما المنطوق الصريح للنص والمفهوم للموافق بل صورة من صور المفهوم الموافق وهي ان تكون علة الحكم في المسكوت عنه اقوى منها في المنطوق به اما اذا كانت متساوية فيسمى المفهوم لمن الخطاب دون فحوى الخطاب.

بينما للقاضي صلاحية استقاء الأحكام من القنوات الست الاتية:

١- للمنطوق الصريح: وهو ما يدل عليه النص بالفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية.
٢- الاتضاء النص: وهو دلالة عقلية التزامية للنص على ان هنالك كلمة او عبارة تتطلب من القاضي ان يضيفها اليه ليبدل على المعنى المراد للمشرع وعلى سبيل المثال المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين^(١): (يعتبر يوم الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته) تتضمن اضافة هذه العبارة اليها: (ما لم يستند الحكم الى تاريخ سابق).

(١) رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

وكذلك المادة (٨٧٥) من مشروع القانون المدني الجديد التي تنص على ان: (للموكل ان يعزل وكيله متى شا. وللوكيل ان يتنحى عنها متى اراد) تقتضي ان تضاف اليها عبارة: (ما لم يتعلق بها حق للغير).

٣- اشارة النص (او دلالة الاشارة): وهي دلالة لفظية عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له كما في المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات^(١) التي تدل بمنطوقها على انه: (لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي اجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر)، وتدل دلالة اشارة على ان الحيانة الزوجية من احد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الآخر.

وكدلالة قوله تعالى (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً)^(٢)، دلالة الاشارة على ان المهر ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج لجواز الطلاق قبل الدخول وقبل تحديد المهر ومن الواضح ان الطلاق انما يكون بعد الزواج الصحيح.

٤- إيماء النص (او دلالة الإيماء): وهو دلالة النص دلالة لفظية عقلية التزامية على ان الحكم الوارد فيه محلل بعلة يدور معها وجرداً وعندما كما في المادة (٢٨٧) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٣) والتي تدل بمنطوقها الصريح على تأجيل تنفيذ حكم الاعدام الصادر بحق المرأة الحامل الى ما بعد الولادة وكذلك يؤجل بعد الولادة لمدة اربعة اشهر وتدل دلالة إيماء على ان علة التأجيل هي حماية حياة الطفل فاذا ثبت بالاجهزة الحديثة عدم وجود الجنين او مات بعد ولادته مباشرة فلا يؤجل تنفيذ الحكم لان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

٥- المفهوم للوافق (او مفهوم الموافقة): وهو حكم يؤخذ من روح النص لا من الفاظه ومن مفزاه وعلته كما في المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري القائم التي تدل بمنطوقها الصريح على ان: (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة من المادتين (٢٣٤ و ٢٣٦)

(١) رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٢) سورة البقرة / ٢٣٦.

(٣) رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

وتدل بمفهومها الموافق من باب أولى على تخفيف العقوبة الى الحبس اذا اصاب الزوجة ومن يزني بها بعامة مستديمة).

٦- المفهوم للمخالفة (أو مفهوم للمخالفة): وهو الحكم المأخوذ من تخلف قيد وارد في النص معتبر في حكمه بحيث يعتبر بمثابة الشرط لتطبيق منطوق النص كما في المادة (١٢٩/١) من القانون المدني القائم^(١) التي تدل بمنطوقها الصريح على انفسه: (يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان يمكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا ناليا للجهالة والضرر)، ففي هذا النص قيدان احدهما يمكن الحصول في المستقبل والثاني التعيين الثاني للجهالة والضرر فاذا تخلف احدهما او كلاهما يكون الحكم: (لا يجوز) بدلا من: (يجوز).

المطبة واثار انحلالها

لم يتطرق المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية القائم لاثار انحلال المطبة لحدوث أحد الحاططين او بسبب لا ارادي كملوت، وانما اقتصرت على الفقرة الثالثة من المادة الثالثة التي نصها: (الوعد بالزواج وقراءة الفاقحة والمطبة لاتعتبر عقدا).

وهذا نقص تشريعي في موضوع مهم يجب سده لذا القرح الغاء هذه الفقرة واستحداث مادة مستقلة قبل المادة الثالثة كالآتي:

المادة الثالثة:

١- المطبة: وعد بالزواج وفق الضوابط الشرعية والعرفية ولاتصري عليها احكام العقد.

٢- يترتب على اغلال المطبة الآثار الآتية:

أ. من عدل عن المطبة بلا مجر شرعي يلتزم برده ما قبضه له هذه المناسبة بعينه ان كان باقيا والا فيبدله اذا لم يكن هناك شرط او عرف يقضي بخلاف ذلك.

ب. اذا انتهت المطبة بوفاة احدهما او عارض آخر لا ارادي قبل اكمال الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا الا بالتراضي.

ج. اذا ترتب على العدول عن المطبة ضرر مادي او معنوي يتحمل التسبب منهما التعويض للأخر على اساس المسؤولية التقصيرية.

(١) رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

د. ما قبض على حساب للمهر قبل انعقاد الزواج يجب رده في جميع الأحوال لانه من آثار الزواج فاذا اشترت به المخطوبة الجهاز لو اخلت فعليها رد ما استلمته اذا كان العدول منها، والا فتخير في الرد بين ذلك وما اشترت به).

الاسباب للوجبة:

١. عدم معالجة المشرع العراقي لهذه الاحكام.
 ٢. وقائع العدول عن الخطبة كثيرة قد يؤدي الخلاف فيها الى نتائج سلبية تنعكس اثارها على اسرتي الحاطب والمخطوبة ماديا او معنويا فيجب تحديد حلول عادلة لها في القانون ولا يترك ذلك للسلطة التقديرية القضائية لمخاطبتها.
 ٣. أسوة بأهم قوانين الأحوال الشخصية العربية^(١).
- الفقرة الاولى من المادة (٩) التي نصها: (لا يحق لأي من الاقارب والاغيار اكرهه اي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج دون رضا. ويعتد عقد الزواج دون رضا باطلا اذا لم يتم الدخول الخ).

المقترح: تبديل كلمة " (باطلا) بلفظ: (فاسدا) لو (موقوف).

الاسباب للوجبة:

١. مفهوم مخالفة شرط: (اذا لم يتم الدخول) هو ان الزواج الباطل يتحول الى الصحيح بمجرد الدخول ولو كان باكرا ايضا على اساس ان الدخول اجازة والباطل يتحول الى الصحيح بالاجازة اللاحقة وهذا مرفوض في المنطق القانوني.
٢. لا يوجد في العالم قانون يقرر تحويل العقد الباطل بطلانا مطلقا الى الصحيح بالاجازة اللاحقة ومن المعروف ان للمشرع العراقي لم يأخذ بالبطلان النسبي (القابل للأبطال) حتى تلحقه الاجازة فالباطل والمعدوم سوان.
٣. للمشرع العراقي اعتمد في المادة (١٥٥) من القانون المدني عقد المكره موقوفا حيث نصت على ان: (من اكرهه اكرها معتبرا بأحد نوعي^(٢) الاكرهه ابرام عقد لا ينفذ عقده).

(١) منها الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. والفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية المغربية والمادتان (٤ و ٥) من المريدة الرسمية اليمنية والمادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية السورية.

(٢) الاكرهه الملجئ وغير الملجئ.

٤. المشرع العراقي لم يأخذ بمذهب أبي حنيفة في اقرار العقد الفاسد في القانون المدني القائم لكنه اخذ به في المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية التي تضمنت شروط الانقضاء وشروط الصحة وفي المادة (٢٢) منه حيث اقرت للمدخل بها في الزواج الفاسد مهر المثل اذا لم يذكر في العقد والاقبل منه ومن المهر المسمى اذا ذكر. ومن اصول فقه أبي حنيفة ان العقد الفاسد للاكراه تلحقه الاجازة كالعقد الموقوف. المادة (٣/١٩) ونصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على انه: (تسري على الهدية احكام الهبة).

المقترح: الغاء هذه الفقرة.

الاسباب للموجبة هي:

١. اذا اخذ بالمقترح المذكور في تعريف الخطبة واثار اخلالها تكون هذه الفقرة زائدة.

٢. لا يصح قياس هدايا الخطبة على الهبة لاختلافهما من حيث اللزوم والغاية وحالات الرجوع وموانعه.

- المادة (٢٣) وهي تتعلق ببيان احكام نفقة الزوجة على زوجها في الفترتين الاولى والثانية.

المقترح: اضافة فقرة ثالثة اليها كالآتي: (٣- للزوج الفقير العاجز عن العمل النفقة على زوجته الغنية).

الاسباب الموجبة:

١. ربط القرآن الكريم النفقة بالمعيات في قوله تعالى: (وعلى الوارث مثل ذلك) بعد قوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾^(١)، اي على وارث الطفل بعد وفاة والده نفقته وهذا الربط من باب: (الغنم بالغرم) او (الغرم بالغنم) لما دامت الزوجة واردة للزوج اذا مات قبلها فهي مسؤولة عن الاتفاق عليه اذا كانت متمكنة وهو فقير عاجز عن الكسب.

٢. بين الزوجين ميثاق غليظ كما قال تعالى: ﴿وَآخِذْ بِمِثْقَا غَلِيظٍ﴾^(٢) فالرابط بينهما رابطة روحية مستقاة من هذا الميثاق ويمتصاه يجب ان يكونا شركاء في السراء والضراء.

(١) سورة البقرة/ ٢٣٣

(٢) سورة النساء/ ٢١

٣. تضمن مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد للبلاد العربية هذا المقترح.

-المادة (٢٥) الفقرة الثانية: (الالتزم الزوجة بمطوعة زوجها ولا تعتبر ناشزا اذا كان الزوج متمسقا في طلب المطوعة قاصدا الاضرار بها او التضيق عليها ويعتبر من قبيل التعسف والاضرار بوجه خاص هو ما يأتي"

أ. عدم تهينة الزوج لزوجته بيتا شرعيا يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية.

ب. اذا كان البيت الشرعي المهيا بعيدا عن عمل الزوجة بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيئية والوظيفية).

المقترح: هو حذف الفقرة (ب) للأسباب الآتية:

١. التوفيق بين الالتزامات البيئية والوظيفية امر صعب اذا لم يكن مستحيلا ولو كان البيت الشرعي داخل عمل الزوجة اذا لم يكن بين الزوجين تعاون وتكافل.

٢. العدالة ومصلحة الأسرة تتطلبان ترك الحرية للزوجين للاتفاق على اختيار المكان الملائم والمناسب للسكنى بحسب المكنة المالية للزوج.

٣. المفروض في قانون الأسرة ان يكون عاملا مساعدا على استقرارها واستمرارها وعدم فتح الباب امام خلافات قد تؤدي الى انهيارها.

المبحث الثاني

المقترحات المتعلقة بانحلال الزوج

المادة (٣٥) التي نصها: (لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

١. السكران والمجننون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من الغضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض.
٢. للمريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته).

الفتح: الغاء الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية:

١. إذا كان عدم وقوع الطلاق لعدم الادراك والوعي الكاملين فإن هذا الحكم نصت عليه الفقرة الأولى فتكون الثانية عبثاً.
٢. إذا كان عدم وقوع الطلاق لرعاية حقوق الزوجة من الميراث وغيره فإن هذه الحقوق مضمونة رغم وقوع الطلاق باتناً بينونة صغرى أو كبرى بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية إذا توافرت الشروط الآتية:
 - أ. أن يكون الطلاق في مرض الموت.
 - ب. أن يموت في هذا المرض.
 - ج. أن لا يكون الطلاق بسبب من الزوجة ولا بطلب منها.
 - د. أن يكون بعد الدخول^(١).

وإذا تحققت هذه الشروط توث عند الحنيفة إذا مات الزوج وهي مازالت في عمدة الطلاق^(٢).

- وعند الامامية إذ لم تمض سنة على الطلاق ولم تتزوج^(٣).
- وعند الحنابلة ما لم تتزوج^(٤).

(١) ولم يشترط الاباضية هذا الشرط. شرح النيل وشفاء العليل: ٢٧٦/٨.

(٢) المبسوط - للسرخسي: ١٥٤/٦. بدائع الصنائع - للكاظمي: ٢٠٦٦/٤.

(٣) الكافي - للكليني: ١٢٢/٦. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية - لعاملي: ٣٢٧/٢.

وعند المالكية^(٢) والاباضية^(٣) ثرت مطلقا.

٣. عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت مخالف لاجماع فقهاء الاسلام ولجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية ما دام الزوج المريض متمتعا بالادراك والوعي الكاملين.

٤. كيف يعلم القاضي او المفتي ان هذا المريض يموت في هذا المرض مع انه الله قاهر على شغاله فتبقى الزوجة المطلقة بين الزوجية واللازجية الى ان يعرف مصير الزوج بالشفاء او الموت.

٥. عكسة التمييز في العراق اقرت ان مرض الموت عذر ومن عوارض الاهلية في السنة الأخيرة قبل موت المريض فقط وفيما عداها تصرفاته كتصرفات حالة الصحة.

٦. اذا كان الطلاق لايقع فما هي فائدة عبارة (وترثه زوجته) في نهاية النص؟

المادة (٣٩) التي نصها (الطلاق قسمان:

١. رجعي وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وثبتت الرجعة بما يثبت به الطلاق.

٢. باتن وهو قسمان:

أ. بينونة صغرى: وهي ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقة بعقد جديد.

ب. بينونة كبرى: وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقة التي طلقها ثلاثا متفرقات ومضت عدتها).

للمقترح: الغاء هذه المادة بكافة فقراتها؟

والبديل المقترح هو الاتي: (الطلاق قسمان:

١. رجعي: وهو كل طلاق بعد الدخول بلا عرض اذا لم يكن مكتملا لثلاث.

حكمه: للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه بدون عقد.

٢. باتن: وهو كل طلاق تطلب فيه شرط من شروط الطلاق الرجعي^(٤).

(١) المغني - لابن قدامة: ٣٣٠/٦.

(٢) المنتقى شرح موطا الامام مالك: ٨٥/٤ وما يليها.

(٣) شرح النيل وشفاء العليل - لاطفيش (محمد بن يوسف)

(٤) فكل طلاق باتن اذا كان من قبل الدخول او بعرض او كان للمرة الثالثة او كان رجعيا وانتهت العدة فكل رجعي بعد انتهاء العدة يصبح باتنا والمشرع العراقي اعتبر في (م) (٤٥) من هذا القانون التفريق القضائي باتنا بينونة صغرى.

والبائن قسان:

- أ. بينونة كبرى / وهي كل الطلاق للمرة الثالثة، وحكمها: عدم جواز استئناف الحياة الزوجية بينهما ما لم تتزوج زوجاً آخر يفارقها بعد الدخول بموت أو طلاق^(١).
 - ب. بينونة صغرى / وهو كل طلاق بائن لا يكون للمرة الثالثة. وحكمها: أنه يجوز للزوج أن يستأنف الحياة الزوجية مع المطلقة بعقد جديد، كما كان في المرة الأولى.
- الاسباب للوجبة:

- ١ عرف المشرع العراقي كلا من الطلاق الرجعي والبائن بحكمه وهذا غير صحيح في المنطق القانوني لان القاضي لا يستطيع ان يحكم بجواز مراجعة الزوجة بدون عقد او بعقد جديد ما لم يعلم مقدما ان الطلاق رجعي او بائن.
- ٢ لم يذكر المشرع العراقي في الفقرة (ب) طريقة استئناف الحياة الزوجية بعد الطلقة الثالثة كما جاء في القرآن الكريم.
- ٣ ان عبارة: (ومضت عدتها) في الفقرة (ب) توهم ان للزوج من مطلته ثلاثا مراجعتها بعقد جديد اذا لم تنته عدتها وهذا مخالف للقرآن الكريم.

التفريق القضائي

المقترحات التي تتعلق بالتفريق القضائي هي الآتية:

- اولاً: التقليل من اسباب التفريق القضائي التي استحدثها المشرع العراقي للظروف الاستثنائية التي مر بها قطرنا العزيز وقد زالت تلك الظروف او على طريق الزوال علماً بان اسباب التفريق القضائي في جميع دول العالم لا تتجاوز سبعة^(٢).
- ثانياً: إلغاء مادة (٤٢) و تعديلها بما يحول دون استعمالها بكثرة لهدم الأسرة العراقية. ونصها: (اذا ردت دعوى التفريق لاحد الاسباب المذكورة في المادة الاربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات ثم اقيمت دعوى ثانية لنفس السبب فعلى المحكمة ان تلجأ الى التحكيم وفقاً لما ورد في المادة الحادية والاربعين).

(١) لقوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) سورة البقرة/٢٣٠، فان طلقها (اي للمرة الثالثة).

(٢) ينظر مؤلفنا: مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الارض خلال اربعة آلاف سنة: ١٨١/٢-١٥٨.

الاسباب للوجبة:

١. منطوق هذه المادة جواز التفريق القضائي رغم عدم ثبوت من اسبابه.
٢. كثيرا ما يختار الحكمان من قبل محامي الزوجة او من القاضي دون رعاية قوله تعالى: ﴿فَابْتَئُوا حُكْمًا مِنْ اٰهْلِهِ وَحُكْمًا مِنْ اٰهْلِهَا﴾^(١).
- ودون التأكد من امانة وصدق الحكمين.

ثالثا: المادة (٤٣) التي نصها: (للزوجة طلب التفريق عند توفر الاسباب الآتية:

١. اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ولو كان له مال يستطيع الانفاق منه).
٢. اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الاقامة وله مال يستطيع الانفاق منه.

المقترح: تعديل هاتين الفقرتين كالآتي:

١. البديل المقترح للفقرة الأولى:

- (اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم ولو كان له مال يستطيع الانفاق منه).

الاسباب للوجبة:

١. لا يوجد قانون في العالم يعطي هذا الحق للزوجة بعد صدور الحكم مباشرة بل قيد ذلك في بعض القوانين بمضي سنتين على تنفيذ الحكم وبعضها قيده بمضي سنة فاكثر.

٢. السجنون في العراق اصبحت بمثابة المدارس اصلاحية فهناك مجال لالتقاء الزوجين في السجن او عن طريق منح الاجازة للسجنون او المحبوس بكفالة لمدة معقولة يقضيها مع زوجته واولاده في بيته. ولا يخشى على الزوجة الوقوع في الخطأ وبوجهه خاص اذا كان للزوج مال يستطيع الانفاق منه.

٣. كثيرا ما يصدر العفو العام او الخاص وهذا يدعو الى التريث وعدم التصرع في التفريق القضائي.

٤. احيانا يتبين بعد الحكم ومباشرة التنفيذ ان المتهم المحكوم عليه كان بريئا فيطلق سراحه.

ب- البديل المقترح للفقرة الثانية:

٢- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فاكتر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج مصروف الالة وله مال تستطيع الالفاق منه).

الاسباب للوجهة:

١. القرآن الكريم اعطى للزوجة - التي هجرها زوجها بدون عذر - التريص مدة اربعة اشهر ثم لها حق المطالبة بالتفريق القاهي قال سبحانه: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِن نِّسَائِهِمْ قَرِيصٌ اَرْبَعَةُ اَشْهُرٍ فَإِنْ فَأُوا^(١) اَرْبَعَةَ اَشْهُرٍ فَأَنْ فَأُوا^(٢) فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ^(٣)، فَإِنَّ اللّهَ سَبْعٌ عَلِيمٌ^(٤)، والايلة، هو ان يحلف الزوج اليمين انه لا يعاشر زوجته وكان طلاقا قبل الاسلام فالفي بعده لكن اليمين على الهجر ليس شرطا لمطالبة الزوجة بالتفريق بعد اربعة اشهر من الهجر بدون عذر.

قال القرطبي في تفسيره الجامع لأحكام القرآن^(٥): قال علماؤنا (اي للمالكية) ومن امتنع من وطء امرأته بغير يمين حلفها اضارا بها امر بوطئها فان أبى واقام على امتناعه مضرا بها فرق بينه وبينها من غير ضرب اجل.

ويتفق مع المالكية في عدم اشتراط اليمين ما دامت الزوجة متضررة الحانبة^(٦) والزيدية^(٧).

وقال الحنفية^(٨): ان لم يعاشر زوجته بدون عذر الى ان مضت مدة اربعة اشهر تبين زوجته بطلقة واحدة بائة تلقاها بدون حكم القاضي.

ويرى للمالكية^(٩) انه: اذا انتهت مدة اربعة اشهر ولم يعاشر زوجته فان الحاكم (القاضي) يوقع عليه طلاقا رجعيا ويتفق معهم الشافعية^(١٠).

(١) أي انتظار اربعة اشهر.

(٢) أي رجعوا الى المعاشرة الزوجية.

(٣) فاعتمد القرآن الاصرار على الهجر عزمًا على الطلاق.

(٤) سورة البقرة / ٢٢٦-٢٢٧.

(٥) ١٠٣/٣ قان مختصر خليل وشرح الحرشي / ٩٣/٤.

(٦) قال المرداوي في الانصاف: ١٦٩/٩: (اذا ترك الوقاع مضرا بها من غير عذر تضرب له مدة الايلة

وله حكمه وقال وهو الصواب)، أي بعد اربعة اشهر من البدء بالهجر لها طلب التفريق.

(٧) الروض النضر: ٢٦٨/٤ والبحر الزخار: ٢٤٢/٣.

(٨) شرح فتح القدير: ١٨٣/٣. تحفة الفقهاء: ٣٠٨/٢. بدائع الصنائع - للكاساني: ١٩٦٢/٤.

وقال الامامية^(٣) والظاهرية^(٤): القاضي يحسم بالسوط بعد اربعة اشهر على معاشره زوجته او الطلاق فان ابى حبسه الى ان يعاشر زوجته او يطلقها او يموت في السجن.
٢. مدة الانتظار بعد الهجر بلا عذر لاتزيد عن سنة في قوانين البلاد العربية^(٥).

المبحث الثالث

المقترحات المتعلقة بالوصية والميراث

المادة (٧٤) عاجلت شروط واحكام الوصية الواجبة والتي نصها: (اذا مات الولد ذكرا كان ام انثى قبل وفاة ابيه او امه فانه يعتبر بحكم الحسي عند وفاة اي منهما وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا كانوا ام اناثا حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

تقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوسايا الاخرى في الاستيفاء من ثلث التركة).

المقترح: تعديل هذه المادة بفقرتيها كالآتي:

١. اولاد الأولاد ذكورا كانوا ام اناثا يحلون محل والدهم للتوفي او والدتهم المتوفاة اذا لم يروا ولهم نصيب اصلهم الذي كان يستحقه لو كان حيا باعتباره وصية واجبة على ان لا يزيد المجموع على ثلث التركة ولم يعطهم جدهم او جدتهم حال الحياة ما يساوي هذا الاستحقاق بلا عوض وان كان اقل منه وجبت الوصية بقدر ما يكمله ويسري هذا الحكم على اولاد اولاد الأولاد اذا اجتمعوا مع اولاد الأولاد وان نزلوا.

(١) شرح المحرشي: ٩١/٤ وما يليها.

(٢) الانوار للارديلي: ٢٩٣/٢.

(٣) شرائع الاسلام: ٨٤/٢.

(٤) المهلي: ٤٣/٢٠ وما بعدها.

(٥) منها قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ المادة (١٢٣) ومدونة الاحوال الشخصية المغربية الفصل (٥٧).

٢. تسري احكام الوصية الواجبة على اولاد الاخوة والاخوات ممن لا يرثون وعلى الزوجين اذا كانت الزوجة كتابية متمسكة بدينها وعلى كل وارث لا يرث لاختلاف الدين.

٣. الوصية الواجبة مقدمة على الوسايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة.
الاسباب للموجبة:

١. الوصية الواجبة في الشريعة الاسلامية التي هي مصدر هذا القانون لا تقتصر على اولاد الاولاد وانما تعم كل وارث يحرم من الميراث بالحجب او اختلاف الدين او غيرهما. يقول ابن حزم الظاهري^(١): وفرض على كل مسلم ان يوصي لقربائه الذين لا يرثون اما لكفر واما لان هناك من يحجبهم عن الميراث، او لانهم لا يرثون أصلاً فيوصي لهم بما طابت به نفسه لاحد في ذلك فان لم يفعل اعطوا ولا بد ما رآه الورثة والوصي فان كان والده او احدهما على كفر ففرض عليه ايضاً ولا بد، برهان ذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٢).

وقال بالوصية الواجبة لكل قريب لا يرث فقهاء الصحابة وفقهاء التابعين وكبار فقهاء الشريعة ولا مجال هنا لاستعراض ذلك مفصلاً.

٢. المادة (٧٤) القائمة نالصة لا تشمل اولاد اولاد الاولاد وان نزلوا ولا غيرهم ممن لا يرثون لحجب او مانع ولا تتضمن شروط الوصية الواجبة.

٣. اذا اعطى المجد او المدة الاحفاد الذين لا يرثون ما يساوي حصة والدهم المتوفى او والتهم المتوفاة بلا عوض فليس من العدل والانصاف ان يشاركوا بقية الورثة ايضاً عن طريق الوصية الواجبة وهذا الاحتمال اهمله المشرع العراقي.

٤. اختلاف الدين مانع من الميراث ولكن ليس مانعاً من الوصية باجماع فقهاء الاسلام فالعدالة الالهية تتطلب عدم حرمان احد الزوجين المختلفين في الدين من التركة وقد ساهما معا في تكوينها.

٥. اذا مات شخص عن ابن اخ وبنت اخ فالميراث يكون كله لابن الاخ لانه عصبه وقهرم اخته لانها من ذوي الارحام في الفقه السني، اما في فقه الامامية فتوزع التركة

(١) علي بن احمد بن سعيد بن حزم المؤسس الحقيقي لمذهب الظاهرية ومن كبار فقهاء القرن الخامس الهجري، ينظر الحلي / ٣٦٤/٩.

(٢) سورة البقرة / ١٨٠.

عليهما للذكر مثل حظ الانثيين وللجمع بين هذين الفقيهين ورفع التعارض بينهما في بلد واحد اقترح توزيع التركة عليهما عن طريق الوصية الواجبة للذكر مثل حظ الانثيين.

٦. من مات عن اولاد اخت وعن عم او ابن عم فالميراث كله يكون للعم او ابن العم مع انه ابعد قرابة من اولاد الاخت وعملوا ذلك بانهم من ذوي الارحام والعم او ابن العم من العصباء هذا في الفقه السني. اما في فقه الامامية فاولاد الاخت محجوبون الاعماء ولولادهم لانهم من الطبقة الثانية والاعماء ولولادهم من الطبقة الثالثة، وللتوفيق بين هذين الفقهين تطبق الوصية الواجبة مادام القرآن الكريم اقرها لكل قريب لا يرث، ودعوى نسخ آية الوصية الواجبة باطللة وغلط بين التخصيص والنسخ فهي خصصت بآيات الميراث وبقي حكما بالنسبة لمن لا يرث^(١).

-الفقرة الثانية من المادة (٩١): (تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الآخر لفروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم)^(٢).

للتقترح: الغاء هذه الفقرة واحلال ما يأتي محلها: (تعتبر البنت بحكم الابن في الحجب).
الاسباب المرجبة:

١. اسوة بالفقرة (٤) من المادة (٨٩) من هذا القانون (تعتبر الاخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب) وهذه الصياغة هي المقصودة للمشرع العراقي غير ان لجنة اعداد مشروع هذه الفقرة اخطأت في صياغتها الطويلة المخلة.

٢. ان هذه الفقرة مخالفة لاجماع فقهاء الشريعة الاسلامية للأسباب الآتية:

أ. في الفقه السني من مات عن جد وجدة وابن لكل من الجد والجدة سدس التركة والباقي للابن واذا مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت بموجب هذه الفقرة لانها تحجب كل الورثة عدا الاصناف الخمسة المذكورة فيها، وبذلك أصبحت البنت اقوى من الابن في الميراث وهذا ما لم يقل به اي شرع او قانون وقد أرادت اللجنة الأخذ بالفقه الجعفري ولكن خالفت هذا الفقه ايضا كما في الفقرة الآتية.

(١) ينظر مؤلفنا - التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن: ص ١٠٩.

(٢) أضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية.

ب. من مات عن أب وأم وبنت للمسألة الفرعية تكون من ستة أسهم لكل من الابوين سهم واحد وللبنت ثلاثة أسهم ليبقى سهم واحد يعطي للأب تعصيباً في الفقه السني ويوزع على الكل عن طريق الرد بالنسبة إلى حصصهم في الفقه الجعفري ويعطي للبنت بموجب هذه الفقرة، وبناء على ذلك يكون توزيع التركة قالها للفقهين المذكورين اللذين يوزع القضاء العراقي التركة على الورثة بموجبها.

٣. أن هذه الفقرة تتناقض مع المادة (٩٠) التي نصها: (مع مراعاة ما تقدم يجرى توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩).

رب زحدي علماء والحقني بالصالحين

**أخطاء أصولية لأبن السبكي
في كتابه جمع الجوامع**

تقويم العالم الأصولي

سماحة الفاضل الشيخ مصطفى الزلمي حفظه الله ورعاه
السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وبعد:

فإن مراجعة التراث أمر ضروري وأعد في فروض الأعيان على القادرين عليه، المؤهلين له. والتراث عندي يجمع بين علوم المقاصد الخمسة المعروفة، وهي: التوحيد، التفسير، الحديث، والأصول، والفقه. وعلوم الوسائل مهما كثرت وتنوعت من لغة ومنطق وسائر ما ألحقه أهل العلم بهما، وهذه لا بد من مراجعتها كذلك. فإننا لو راجعنا اللغة على سبيل المثال لوجدنا فيها الكثير مما يمكن مراجعته والاستدراك عليه، وقد فعل ذلك الإمام الرازي ونسبه إليه في تفسيره وفي المحصول وغيرهما من كتبه. لكن هذه المراجعات تحتاج إلى جهابذة أرجو أن تكونوا منهم خبروا هذا التراث وعاشوا فيه ومعه فترات طويلة، إضافة إلى اطلاعهم على تراث أمة أخرى لمعرفة المؤلف والمختلف في عمليات بناء وتعامل الأسم مع تراثها.

والحق أنه لو جرت تلك المراجعات وأخذت مداها فإنها قد تطل تراث الأئمة الكبار بنفس المستوى الذي نراه في تراث نحو ابن السبكي. كم أتمنى أن نجد أمثالا لكم في علمهم وخبراتهم وقدراتهم لدراسة وتحليل رسالة الإمام الشافعي (يرحمه الله) الذي حدد الإجتهد بالقياس، فقال: والإجتهد هو القياس. ولعل في هذا القول ما فيه، ونجد كثيرا من الأمور التي تستحق التوقف والمراجعة في برهان إمام الحرمين ومستصفي الإمام الغزالي. أما للتأخرين أمثال ابن السبكي فإنهم وقد قيدوا أنفسهم وقيدهم من سبق بقواعد المنطق الأرسطي فلا غرابة أن تكتشف فضيلتكم هذا الذي اكتشفته في جمع الجوامع. أزيدكم كل التأييد سائلا العلي القدير أن يكثر أمثالكم لمراجعة تراثنا منذ عصر التدوين إلى يومنا هذا وتبين ما فيه ولعل أهم ما اكتشفه أخوكم الصغير قلة اعتماد الأصوليين على أدلة الكتاب والسنة، وكثرة الضعيف في ما اعتمدوا عليه من أحاديث وذلك الخلط الشديد بين المصدر المتشأن

للأحكام، ألا وهو الكتاب الكريم وحده، والمصدر المبين على سبيل الإلزام وهي السنة المؤولة للكتاب والمبينة له وحدها. وأما ما ذكره بين الأدلة بعد هذين الدليلين فما هو إلا نوع من الأدوات المنهجية التي يستفاد منها في دائرة مناهج البحث وتسميتها بالأدلة في حاجة إلى إعادة نظر. كيف والله تبارك وتعالى يقول: (إن الحكم إلا لله) ويقول (ألم تر إلى الذين اتسوا نصيباً من الكتاب يدفعون إلى كتاب الله ليعحكم بيمينهم ثم يتولى فريق منهم وهم معرضون). وهذا كما ترى يفرض على عالم مثلكم خبير بالتراث ملتزم بقضايا أمته فيسور عليها حريص على نهضتها أن يراجع هذه الأمور، فكثير من الفقه، بل وبعض القواعد الأصولية لم تبق على الكتاب ولا على تأويلاته وتفسيراته وبياناته في السنة النبوية.

حين نظرت في استدراكاتكم على ابن السبكي وجدت نظرات ثاقبة وفهماً وفقهاً وعلماً ينبئ عن نفسه، وما تفضلتم بذكره، وما أخذكم على تعريفات ابن السبكي، لا يفي عليكم أنهم يؤولونه بأن من يعرفون بالمعربات يعرفونها باعتباريات عديدة منها للملكة التي تقوم بالفقيه والأصولي لكثرة ممارسته للقواعد والأحكام، ومنها المسائل الجزئية الموجودة في كل نوع من أنواع المعرفة، ومنها تعريفات تقوم على اعتبارات أخرى قد تختلف فيها أنظار العلماء من حيث تحديد العوارض الذاتية لكل علم من تلك العلوم والعوارض الأخرى وما إلى ذلك، مما لا يفي على مثل فضيلتكم.

ولقد كان مشايخنا يستغرقون الأيام الطوال في شرح التعريفات ثم الإستدراك عليها ثم مناقشة الإستدراكات وكثير من أمور لا طائل منها لا تكون ملكة فقهية ولا حساً أصولياً، وكل ما أخذتموه على ابن السبكي يؤخذ على غيره من الكاتبيين في الأصول أو على كثير منهم على الأقل، وأنا معكم فيه.

لقد بذل مشايخنا ومعلمونا من نفائس أوقاتهم ولوقاتهم مع المنطق الأرسطي وقضاياه أكثر مما صرفوا من الجهد مع القرآن الكريم وتأويلاته في السنة النبوية. عفا الله عنا وعنهم وغفر لنا ولهم ولا نعتبر أن الوقت قد فات فالقيام بالإستدراكات والمراجعات أمر ضروري جداً.

ملاحظاتكم حول المعتزلة: إسمحو لي أن أقول أننا وإن كنا نتمنى لو أعطي العقل من المجالات في تكوين التراث ما أعطاه القرآن الكريم لأختلف حال الأمة ولاشك، ولكنهم نسوا حظاً مما ذكروا به، إنصرفوا عنه وانشغلوا بسواه، فبلغت الأمة هذا الحضيض الذي تستمر فيه. كنا نتمنى على المعتزلة أن لا يشغلوا الأمة بقضية خلق القرآن وحكم الأشياء.

قبل الشرع ولا قضية شكر المنعم ووجوبها بالعقل أو توقفها على النقل ولا قضايا تكليف المعلوم وما شاكل ذلك وأن يتجنبوا إضطهاد علماء الأمة الآخرين والإستنصار بالسلطان عليهم، ولكن تلك أمة قد غلت وعلينا أن نستفيد العبر والدروس.

أخي الكريم أنشر استدراكاتك على جميع الجوامع وليتك تتوسع فيها وتتناول بماستك النقدية النافذة كتباً أخرى ومؤلفين آخرين وتتوافر على دراسة رسالة الإمام الشافعي التي جعلت الأمة أسيرة ذلك الفهم وسيطرت على الدراسات الأصولية وحددت لها مسارها لمدة ثلاثة قرون تالية بعد وفاة الإمام.

ولفك الله لما يحبه ويرضاه وأرجو لك التوفيق وأتمنى التواصل المستمر بيننا.. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

تقويم

د. طه جابر

لكتاب أخطاء أصولية لأبن السبكي

لواصل من أمريكا في ٢١/١١/٢٠١٠

المقدمة

ابن السبكي (رحمه الله) هو عبدالوهاب بن تقي الدين الأنصاري الحزرجي الملقب بتاج الدين ابن السبكي، ولد في القاهرة ٧٢٧هـ وتوفي شهيداً بالطاعون في ذي الحجة ٧٧١هـ، عن (٤٤) سنة، وله آثار علمية غزيرة رغم قصر عمره، منها جمع الجوامع الذي أتى في المرتبة الخامسة من تسلسل مؤلفاته البالغ عددها زهاء عشرين مؤلفاً، وقد جمع هذا المؤلف بين منهج المتكلمين ومنهج الحنفية والمنهج الروحي (التصوف)، إضافة إلى أنه يتميز بأنه من أصول الفقه المقارن، يقارن بين الآراء في أكثر المسائل الأصولية، كما يتميز بالإختصار الشديد والصياغة الدقيقة، وكان ابن السبكي من كبار مجتهدى علماء أصول الفقه، ومن الواضح أن المجتهد كما يصيب الهدف إذا أدرك الحقيقة المنشودة، فقد يقع الخطأ إذا تصور الشئ على غير حقيقته، لكنه ما جرد فيا حالتين، مادام حسن النية لقول الرسول العظيم (ﷺ): ((إذا حكم الحاكم^(١) واجتهد وأصاب فله أجران، وإذا حكم واجتهد وأخطأ فله أجر)). ولا أدعي الوصول إلى مرتبة التمييز بين الصواب والخطأ في كلام كبار العلماء، ولكن لرى من واجب كل باحث أن يبدي رأيه في الموضوع الذي يتناوله بالبحث، سواء أكان على صواب أم على خطأ ليساهم مساهمة متواضعة في تطوير موضوع بحثه، ولو كان ذلك حسب اعتقاده، لأن ترديد ما قاله السلف الصالح والتقليد الأعمى لكل ما قيل سابقاً من المجتهدين وتقديس القائل في كل صفحة وكبيرة وتأويل كل عبارة بما يرفع الحلل فيها تعصبا لرأي قائلها، كان كل ذلك في مقدمة أسباب تأخر العالم الإسلامي عن ركب التقدم العلمي في جميع المجالات. وفي عالمنا المعاصر نجد أن كل شئ تطور من حالة إلى حالة أخرى، سوى الفقه الإسلامي وأصول الفقه الإسلامي، ولا تزال أكثر أمثلة الفقه الإسلامي في المذاهب الإسلامية كافة بالية، مثل (بائع جارته، وهن عبده، وطأ جارية أبيه... وهكذا)، رغم أن نظام الرق قد ولّى من غير رجعة، بعد أن وجده الإسلام كمستنقع نقي، فقطع جميع

^١ أي إذا أراد أن يحكم، لأن الإجتهد يكون قبل الحكم.

الروايد التي كانت تزوره بالماء، فيبسى إلى الأبد من غير رجعة، وكذلك سائرال مراجع الأصولية محرومة من الأمثلة العملية الحديثة، بل نجد مثالا واحداً مكرراً في جميع مراجع أصول الفقه، كالقرن والعين للمشترك اللفظي، والذابة عند العراقيين للعرف العام، وقياس التنبية على المحر في التحريم وهو ذلك، وإذا وجدنا خطأ وقع في كتاب سابق، نجد أنه يتكرر في مرجع لاحق، لأن الثاني نقله من الأول بحسن النية، لذا، بلمس كل غلص للإسلام والفقه الإسلامي وأصول الفقه، أدمو للمسؤولين في العالم العربي والإسلامي أن يتبادروا إلى تشكيل لجان في العالم الإسلامي تتولى إعادة النظر في كتابة الفقه الإسلامي وأصوله، لأن ذلك فرض كفاية على كل مسلم ومسلمة، لاستبعاد الشبهات التي قد تستغل من قبل بعض الناس ضد الإسلام وشرعته الفراء، ولأنه هذين العطين (الفقه وأصول الفقه) يصدان ثروة ذهبية غنية لو نقحت وهذبت لأصبحت مصدراً خصباً لقوانين العالمين الإسلامي وغير الإسلامي، وكل منا يدعو إلى أن يتضمن دستور بلاده نصاً يعطي الشريعة الإسلامية الأولوية في مصادر القوانين، ولكن في الوقت نفسه لا يحرك ساكناً لتطوير ما تركه السلف إلى ما يتلاءم مع مستلزمات الحياة الجديدة، بل يرى أن كل ما قيل سابقاً بمثابة نص إلهي لوحي حماري لا يقبل التبديل أو التعديل.

ومن هذا المنطلق بادرت إلى نقل بعض ملاحظاتي المتواضعة فيما يتعلق بأصول الفقه الإسلامي إلى تلاميذنا الأعزاء في المدارس الدينية، بادئنا بكتاب (جمع الجوامع) الذي درسته عند العلامة المرحوم الشيخ محمد باقر البالكبي، وقد كان من كبار علماء كوردستان إيران عام ١٩٤٢، ورغم ذلك لم يتطرق لأي خطأ من هذه الأخطاء، لأن عين الرضا عن كل عيب كليفة، وقمت بتدريسه عدة مرات من ١٩٤٤ إلى ١٩٥٦.

ويتم في هذا الكتيب عرض أهم الملاحظات حول الكتاب المذكور.

أولاً: تعريف الفقه

عرّف ابن السبكي (رحمه الله) الفقه بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية)^(١) ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- هذا التعريف كان صحيحاً قبل تدوين الفقه الإسلامي وحين اجتهد الفقهاء لظنّ حكم شرعي مستنبط من دليله التفصيلي، أما بعد التدوين فقد أصبح لفظ (فقه) حقيقة عرفية شرعية في أحكام نفسها، فيقال: فقه القرآن، وفقه السنة، وفقه أبي حنيفة، وفقه الإمام مالك، وهكذا، والعلم بالأحكام الشرعية ضروري للتطبيق والفتوى والقضاء، لا لوجودها.

٢- العلم يندرج تحت إحدى المقولات العشر:

فإذا كان من مقولة الكيف، فيُعرف بأنه الصورة الحاصلة من الشئ عند العقل.

وإذا كان من مقولة الإنفعال، فيُعرف بأنه انتقاض الذهن بالصورة.

وإذا كان من مقولة الإضافة، يُعرف بأنه تعلق الذهن بالصورة.

وفي جميع الاحتمالات لا يكون الفقه علماً بالأحكام الشرعية، وإنما هو الأحكام ذاتها.

٣- تعريف الفقه بأنه العلم بالأحكام الشرعية، خلط بين الفقه بمعنى الفقه اللغوي والفقه بمعنى العرفي الشرعي، أو خلط بين العلم والمعلوم، أو خلط بين العلم بمعنى الفن كعلم المنطق وعلم أصول الفقه وأصولها والعلم بالمعاني المذكورة في الفقرة الثانية.

٤- العلم صفة لما يقوم به هذا العلم، بينما الفقه صفة تصرفات الإنسان كالوجوب في الواجب، والندب في المندوب، والحرم في المحرم، والكراهة في المكروه، والإباحة في المباح. والقاعدة المنطقية تلحس بأن المَعْرِفَ والمَعْرُوفَ يجب أن يكونا متحددَيْن بالذات ومتهمايَرَيْن بالاهتبار. والفقه والعلم بالأحكام ليسا متحددَيْن بالذات.

٥- إذا افترضنا انقراض من يتعلق علمه بالأحكام الشرعية على كوكب الأرض، هل ينقرض الفقه أيضاً. الجواب كلاً.

^١ الإمام تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي، جمع المراجع، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١/٤٢.

٦- تعريف أصول الفقه بأنه دلائل الفقه الإجمالية إلى آخره، دون العلم بها، دليل واضح على أن الفقه إنما هو الأحكام نفسها دون العلم بها.
وخطأ ابن السبكي في تعريف (الفقه) ووقع فيه غيره أيضاً من علماء أصول الفقه.

ثانياً: تعريف الحكم الشرعي

عرف ابن السبكي (رحمه الله) الحكم الشرعي بتعريف خاص بالحكم الشرعي التكليفي، فقال (الحكم خطاب الله المتعلق بفعل المكلف من حيث أنه مكلف)^(١).
وبعد أن عرض أقسام الحكم التكليفي قال: (وإن ورد سبباً وشرطاً وامناً وصحياً وفساداً فوضع) أي حكم وضعي.

ومن الواضح أن الضمير المستتر في فعل (ورد) يرجع إلى الحكم الشرعي المذكور المعروف بتعريف الحكم الشرعي التكليفي دون الحكم الشرعي المطلق، لأنه لم يُعرفه بهذا المعنى، وهذا من قبيل تقسيم الشئ إلى نفسه وغيره، لأن الحكم الوضعي قسيم الحكم التكليفي، وهذا الصنيع في ميزان المنطق مرفوض، لأن قسيم الشئ مبايل له، فكان المفروض أن يقوم ابن السبكي (رحمه الله) بتعريف الحكم الشرعي المطلق، ثم يقسمه إلى التكليفي والوضعي، ويُعرف كلا منهما تعريفاً مستقلاً كالآتي:

الحكم الشرعي المطلق: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الإقتضاء أو التخيير أو الوضع.

الحكم الشرعي التكليفي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الإقتضاء والتخيير ثم يقسم إلى أقسامه الخمسة (الوجوب والنذر والحرمة والكراهة والإباحة).

الحكم الشرعي الوضعي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الوضع، أي جعله سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً.

^١ ابن السبكي، المصدر السابق ٤٦/١٠.

الفرق بين التصرف الشامل للأقوال والأفعال وبين الوقائع:

التصرف^(١): هو كل ما يصدر عن الإنسان البالغ العاقل المختار الواعي بحيث يرتب عليه الشرع أثراً.

وإذا تخلف قيد من هذه القيود، يكون الحدث واقعة لا تصرفاً، كما في الإيضاح الآتي:

ما يصدر عن غير الإنسان من حيوان أو طبيعة واقعة.

ما يصدر عن الصبي غير المميز واقعة.

ما يصدر عن المجنون ومن في حكمه واقعة.

ما يصدر عن المضطر أو المكر، واقعة.

ما يصدر عن النائم والغافل والساهي أو المغمى عليه واقعة.

ما يصدر عن الإنسان البالغ العاقل المختار بحيث لا يرتب عليه الشرع والقانون حقاً أو التزاماً بالنسبة لمصدره واقعة، كالمكالمات الاعتيادية بين الناس للتفاهم وكالأفعال المباحة من المشي والرياضة والأكل والشرب ونحو ذلك. وجدير بالذكر أن الحكم الشرعي التكليفي لا يكون إلا في تصرفات المكلفين، فلا يُسأل غير المكلف مسؤولية جنائية عن تصرفاته غير المشروعة، لأن المسؤولية الجنائية من الأحكام التكليفية، لكن يُسأل مسؤولية مدنية (أي يجب الضمان والتعويض في ماله) إذا أحدث ضرراً في مال الغير، لأن المسؤولية المدنية من الأحكام الوضعية (أي ربط المسببات بأسبابها). وأما الحكم الوضعي فإنه يتعلق بفعل للمكلف كجعل القتل مانعاً من المهاد وجعل العقد سبباً للملكية، وجعل النجاح في المقابلة شرطاً للقبول في المراسات العليا وهكذا، كما يتعلق بالوقائع كجعل الجنون مانعاً من العقاب وجعل القرابة سبباً للمهاد، وجعل البلوغ شرطاً للتكليف.

^١ القولي أو الفعلي سواء كان مشروعاً كالعقد أو غير مشروع كالقتل.

ثالثاً: العقل والنقل

قال ابن السبكي (رحمه الله): ((وحكمت المعتزلة العقل))^(١). أي جعلت المعتزلة العقل حاكماً، والحاكم في هذا المقام هو الوجود المنشئ للحكم الشرعي وهذا المعنى هو الواضح من العبارة المذكورة، وكل تأويل من قبل المؤولين يتعارض مع صراحة الكلام ولا يعنى ابن السبكي من نسبة هذه التهمة الى المعتزلة.

ومن نافذة القول أن تقول أن فلاسفة المعتزلة هم عقلاء الأمة الإسلامية بعد الخلفاء الراشدين ولو عمل المسلمون بدعوتهم إلى استخدام العقل مع النقل، لأن الله أمر بهذا الاستخدام في زهاء خمسين آية، وكانت المركبة التي نزلت على المريخ إسلامية ولم تكن أمريكية، لأنه حين كان علم الإسلام يرفرف على ريع المعسورة، كانت أمريكا لم تكتشف بعد، وكان شعبها يحكمه قانون الغاب، ولكن انقلبت هذه الحقيقة لأن أكثر المسلمين ضد العقل وضد كل جديد يكشفه العقل السليم، وهذا ما ثبت لي في الاحتكاك مع الغير، وقبل أن يفكر الغرب بغزو الفضاء، بمات السنين قال تعالى ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنسِ إِنَّ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنْفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانْفُذُوا لَا تَنْفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ﴾^(٢)، والسلطان في هذه الآية هو العلم المكتسب عن طريق العقل، ولم يقل أحد من المعتزلة، لا من قريب ولا من بعيد، أن العقل هو الحاكم الشارع الموجد ولو حكم واحد قبل الشرع ورسال الرسل، لأنهم في مقدمة المؤمنين بالمحصر الوارد في قوله تعالى ﴿...إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ...﴾^(٣)، لكنهم ذهبوا الى القول بأن بإمكان العقل اكتشاف بعض أحكام الله بصورة اجمالية قبل الشرع لبعض الأعمال التي يدرك العقل حسنها كالإيمان بالله والعدل أو قبحها كالكفر والظلم والحسن والقيح سواء كانا شرعيين أو عقليين، مبنيان على النفع والضرر، لأن الله سبحانه وتعالى حصر وظيفة الرسالة المحمدية في مصلحة الإنسان، فقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٤)، والرحمة في هذه الآية هي مصلحة بني البشر، سواء كانت إيجابية (المنفعة

^(١) ابن السبكي، المصدر السابق ٦٤/١.

^(٢) سورة الرحمن - آية: ٢٣.

^(٣) ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُمْ بِهِ مَا عِندِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَقْضِي الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾ الأنعام : ٥٧

^(٤) سورة الانبياء - آية: ١٠٧.

المستجلبة) أو سلبية (المضرة المستدرة)، وسواء كانت مادية أو معنوية، دنيوية أو أخروية، وأساس حسن كل شيء هو نفعه كما أن أساس قبح كل شيء هو ضرره ومفسدته، كما يجوز أن تبني مسؤولية الإنسان على هذا الإدراك ويوجه خاص في الإيمان بالله تعالى، فالإيمان العقلي والعلمي والإستدلالي يكون عن طريق استدلال العقل، فالإنسان مسؤول عن الإيمان بالله قبل الشرع، لأن الملتحد لا يؤمن بالشرع ما لم يؤمن بالله، ولو توقف الإيمان بالله على الشرع للزمت الإستحالة المنطقية، لأن توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه وهذا يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل وكذلك الملتزم. وبناء على ما ذكرنا يكون العقل عند المعتزلة كاشفاً لبعض الأحكام ومدركاً لها إدراكاً إجمالياً، وليس بحاكم موجد منشئ للأحكام، ومن البديهيات أن المصادر التي يطلق عليها علماء أصول الفقه تعبير (مصادر تبعية) كلها وسائل عقلية يستخدمها العقل السليم لدى المجتهد لاكتشاف حكم الله في المستجدات والحوادث التي لم يرد بشأنها نص خاص، ومن تتبع القوانين الوضعية لدول العالم الإسلامي وغير الإسلامي، يجد أنها لا تعارض مع روح الشريعة الإسلامية ٦٠% غالباً، وهذا القانون هي من صنع العقل البشري، وهذا يؤكد صحة كلام المعتزلة بأن العقل السليم يستطيع أن يدرك الأحكام الشرعية على أساس الحس والعقل العقليين.

الإستفتاءات:

نستنتج من هذا العرض:

أ- أن لولي الأمر (رئيس الدولة) يتعاون مع أهل الحل والعقد من المختصين كل في حقل اختصاصه، أن يشرع القوانين التي تنظم وتحقق المصالح العليا للمجتمع في المجالات الإدارية والصحية والثقافية والعسكرية والزراعية وغير ذلك من متطلبات الحياة السعيدة، شريطة أن لا يتعارض كل ذلك مع نص صريح في شرع الله ومع قاعدة شرعية ثابتة في شريعة الله، لأن كل ما هو من مصلحة الإنسان في خير دينه ودنياه يرجع إلى حكم الله، لأن شريعة الله أحكام كلية تتناول جميع الجزئيات التي تصادف حياة الإنسان في الماضي والحاضر والمستقبل، وإن اكتشافات عقول المجتهدين للأحكام الشرعية ليست إلا إرجاعاً للجزئيات إلى تلك الكليات، عن طريق وسائل الإكتشافات كالقياس والمصلحة والإستحسان والإستصحاب وغيرها مما سماه الباحثون المصادر التبعية.

ب- العقل يأمر بطاعة الله ويوجب ما أوجبه ويحرم ما حرمه غالباً قبل الشرع، فكل ما أمر به الشرع حسن وكل ما نهى عنه قبيح، والعقل غالباً يدرك الحسن والقبح وبالتالي يدرك الوجوب والحُرمة لتصرفات الإنسان قبل الشرع، فأكثر ما أدركه العقل قبل الروحي حكم به الشرع بعده، فإدراك العقل بين من الداخل والشرع بيان من الخارج، فالعقل كاشف والله شارع، غير أن الأحكام العقلية بمجرد أنها لا تبعث على فعل الخير وترك الشر، فجاء الروحي مؤازراً لها ومناصراً بالتأكيد تارة وبالتأييد تارة والوعيد تارة أخرى.

ج- لا تقوم مسؤولية الإنسان أمام الله في الأحكام التكليفية قبل الشرع، إلا بالنسبة للإيمان بالله، لأنه واجب عقلي قبل أن يكون واجباً شرعياً، فهو واجب على كل بالغ عاقل عن طريق الاستدلال بالأثر (المخلوق) على المؤثر (خالق)، أما الأحكام التكليفية الأخرى، فإن العقل رغم إدراكه لأكثرها عن طريق التحسين والتجيب العقليين، إلا إنه إدراك ناقص وإجمالي وليس كاملاً وتفصيلياً، فإذا أدرك حرمة السرقة والقتل والزنا وخيانة الأمانة، فإنه لا يدرك أركانها وشروطها وموانعها.

د- الأحكام بالنسبة إلى أدلتها ثلاثة أقسام، قسم يشبث بالعقل كوجود الله وصنق الرسل في دعوة الرسالة، وقسم يشبث بالنقل فقط كالأحكام المتعلقة بالمفاهيم من الإيمان بالعالم الآخر وعما سبته على عمله، وقسم يشبث بالنقل والعقل كبقية الأحكام.

رابعاً: التكليف

قال ابن السبكي (رحمه الله): ((والصواب امتناع تكليف الغافل والمُلجأ وكذلك المكروه على الصحيح ولو على القتل))^(١).

والقول بأن المكروه على القتل غير مكلف وبالتالي لا يُسأل جنائياً ولا يُعاقب دينياً، عالف لإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على مسؤولية المكروه في جرائم الأشخاص (التي الإعتداء على النفس وما دون النفس)، وفيما يأتي نماذج من النصوص الفقهية:

أ- في الفقه المالكي (شرح المحرشي لسيدي ٩/٨): ((من أسباب القتل الإكراه، وهو نسبة بين المكروه والمكروه، فيُقتل المكروه (يكسر الرأ) لتسببه المكروه (يفتح الرأ) لمباشرة، إن لم يمكنه عاقلة الأمر خوف قتله)). أي إذا أمكنه ذلك فيقتص من المكروه (يفتح الرأ) وحده.

^(١) ابن السبكي، المصدر السابق ٦٨/١-٧٤.

ب- في الفقه الحنفي (بدائع الصنائع للكاماني ٩/٤٤٨٨): ((أما المكره على القتل فإن كان الإكراه تاماً فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة وعمره، ولكن يعذر ويحب الإقتصاص على المكره)). والعقوبة التعزيرية هي العقوبة التي تحددها السلطة التشريعية الزمنية من السجن والمحبس أو الغرامة المالية، أي يسأل جنائياً ومكلف لكن لا يقتص منه. وفي المرجع نفسه: ((وعند زفر (رحمه الله) يجب القصاص على المكره (بفتح الراء) دون المكره)). وفي حاشية ابن عابدين (٤/١٣٧): ((وقال زفر يقاد الفاعل لأنه المباشر)) أي القصاص يكون على المكره (بفتح الراء).

ج- وفي الفقه الشافعي جاء في (تحفة المحتاج ٨/٣٨٨): ((ولو أكره على قطع لو قتل شخص بغية حق، كاقْتُلْ هذا ولا تقتلْه فقتله، فعلى المكره (بكسر الراء) ولو إماماً أو متغلباً القصاص، وكذا على المكره (بفتح الراء) ما لم يكن أعجباً يعتقد وجوب طاعة كل أمر أو مأمور الإمام أو زعيم بغاة، لم يعلم ظلمه بأمره بالقتل)).

د- وفي الفقه الحنبلي (المغني لأبن قدامة ٧/٦٤٥): ((يجب القصاص على المكره والمكره جميعاً، وبهذا قال مالك، فوجوبه على المكره (بكسر الراء) لأنه تسبب إلى قتله بما يفضي الغزو غالباً، فاشبه ما لو القاد على اسد في زريبة، وجوبه على المكره (بفتح الراء) لأنه قتله ظمناً لإستبقا. نفسه، فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليأكله، وقولهم أن المكره ملجأ غير صحيح، فإنه متمكن من الإمتناع)).

هـ- وفي فقه الشيعة الإمامية (الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/٣٩٩): ((ولو أكرهه على القتل فالقصاص على المباشر لأنه الفاعل عمداً ظمناً)) ويتفق معهم الشيعة الزيدية (المنتزع المختار شرح الأزهار، لأبن الحسين بن عبدالله ٤/٤١٠).

و- وفي الفقه الظاهري (المعلى لأبن حزم ٨/٣٢٩): ((والإكراه على الفعل ينقسم قسمين:

أحدهما: كل ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب، فهذا يبيحه الإكراه ضرورة، فمن أكرهه على شيء من هذا فلا شيء عليه.

والثاني: ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجراح والضرب وإفساد المال، فهذا لا يبيحه الإكراه، فمن أكرهه على شيء من ذلك لزمه القود والضمان، لأنه أتى محرماً عليه إتيانه)).

ويستتج من هذا العرض أن ابن السبكي كان ضعيفاً في الفقه الإسلامي، لأنه خالف الإجماع على أن كلا من الإكراه والضرورة لا يكون مانعاً من للمسؤولية الجنائية في الاعتداء على النفس وما دون النفس.

خامساً: الفرض والواجب:

قال ابن السبكي (رحمه الله): ((والفرض والواجب مترادفان خلافاً لأبي حنيفة وهو لفظي))^(١).

الفرض في اللغة ورد بمعنى التقدير والحز.

والواجب ورد بمعان منها الثابت.

وفي الإصطلاح الشرعي هما مترادفان عند جمهور الأصوليين والفقهاء خلافاً للحنفية، حيث فرقوا بينهما بأن الفرض ما ثبت بدليل قطعي كقراءة ما تيسر من القرآن في الصلاة، والواجب ما ثبت بدليل ظني كقراءة سورة الفاتحة بخصوصها في الصلاة.

وقول ابن السبكي بأن الخلاف لفظي غير صائب من وجهين:

أحدهما الاختلاف في الماهية، جاء في التحرير^(٢): ((أما هم^(٣) فإن ثبت الطلب الجبازم بقطعي فالإقتراض والتحرير لو بظني فالإيجاب، وقال الغزالي (رحمه الله) في المستصفي^(٤) ((إن قيل فهل من فرق بين الواجب والفرض، قلنا لا فرق عندنا بينهما، بل هما من الألفاظ المترادفة كالحتم واللازم وأصحاب أبي حنيفة اصطاحوا على تخصيص اسم الفرض بما يقطع بوجوبه وتخصيص اسم الواجب بما لا يدرك إلا ظناً))، والفرق بينهما في الماهية ثابت في جميع كتب أصول الحنفية والشافعية.

ثانياً: اختلافهما من حيث الآثار من فروض الصلاة عند الحنفية قراءة القرآن سواء كانت سورة الفاتحة أو غيرها، أما من حيث الآثار فالفرض والواجب يختلفان أيضاً بدليل إجماع

(١) ابن السبكي، المصدر السابق ٨٨/١.

(٢) في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، تأليف كمال الدين محمد بن عبد الواحد الشهير بأبي همام الدين الحنفي ص ٢١٧.

(٣) أي الحنفية.

(٤) مطبوع مع فواتح الرحموت، دار العلوم الحديثة، بيروت لبنان ١/٦٦.

قلها. الشافعية على بطلان صلاة من لم يقرأ بفاتحة الكتاب مع قدرته على قراءتها وعلمه بها وتعلمه لها فعلاً، فإذا قرأ ما يعادلها في سورة أخرى مع إمكانه من قراءتها، تبطل صلاته، لأن قراءتها في الصلاة بوجه خاص ركن من أركانها وتكلف ركن الشيء يستلزم بطلانه، لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) ((لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)).

وفي المذهب^(١): ((ثم يقرأ فاتحة الكتاب وهي فرض من فروض الصلاة، لما روى عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب). فإن تركها ناسياً ففيه قولان: قال في القديم يحزه وقال في الجديد لا يحزه لأن ما كان ركناً في الصلاة لم يسقط فرضه بالنسيان، كالركوع والسجود)).

وفي الأنوار لأعمال الأبرار^(٢): ((للصلاة أركان وأبعاض وهيئات، والأركان ثلاثة عشر... الركن الرابع القراءة، ويجب^(٣) قراءة الفاتحة على الإمام والمأموم والمنفرد في السرية والجمهورية، في كل ركعة إلا في ركعة المسبوق، فإنه يتحملها الإمام ويشترط في قراءة الفاتحة رعاية كلستها وحرونها وتشديداتها وإعرابها وترتيبها وللوالاة والتلاوة إلى آخره، وفي الفقه الحنفي الفرض هو قراءة بعض من القرآن سواء كان هذا البعض سورة الفاتحة أو غيرها)).

وفي (بداية المبتدي شرح الهداية)^(٤): ((فرائض الصلاة ستة:

١- التسمية (تكبيرة الافتتاح) لقوله تعالى ﴿وَرَبِّكَ فَكَبِّرْ﴾^(٥).

٢- القيام لقوله تعالى ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾^(٦).

٣- القراءة لقوله تعالى ﴿...فَاَقْرَأُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ...﴾^(٧).

(١) لامي اسحاق الشيرازي (ابراهيم بن علي) فقيه الشافعية. ٧٢/١.

(٢) أي بعد تكبيرة الافتتاح.

(٣) للفقيه الشافعي الأردبيلي ٨٤/١.

(٤) الوجوب هنا يساوي الفرض عند غلبة الحنفية. قارن ثقة المحتاج ٣/٢ وما يليها، ومدة الغاية والتقريب لامي شجاع أحمد بن الحسين الأصفهاني وشرحه لابن قاسم الفوزي وحاشية الباجوري ١٤٤/١.

(٥) تأليف شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالحلِيل الرشيداني المرغيناني (ت-١٩٩٦هـ) الفقيه الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ٤٦/١.

(٦) المنتز: ٣

(٧) البقرة: ٢٣٨

(٨) المزمّل: ٢٠

٤-٥- الركوع والسجود لقوله تعالى ﴿... ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا...﴾^(١).

٦- القعدة في آخر الصلاة مقدار التشهد لقوله (صلى الله عليه وسلم) لأبْنِ مَسْعُودٍ (رضي الله عنه) حين علمه التشهد: ((إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك))، حيث علّق الإتمام بالفعل قرأ أو لم يقرأ.

وفي بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع^(٢) أركان الصلاة ستة، منها القراءة، قال تعالى ﴿...فَأَقْرَأُوا مَا تُلَاحِظُونَ مِنَ الْقُرْآنِ...﴾^(٣). ومن الواضح أن هذه الآية قطعية من حيث الثبوت والدلالة وهي تدل على أن قراءة بعض من القرآن ركن سواء كان هذا البعض سورة الفاتحة أو غيرها، فالصلاة عندهم صحيحة وإن لم يقرأ فيها فاتحة الكتاب، لأن قراءتها ثبت بمحدث الأحاد وهو ظني الثبوت، وما ثبت بدليل ظني فهو واجب وليس فرضاً، فإنكاره ليس كفراً وفركه ليس مبطلاً للعبادة.

ولو كان الخلاف بين الحنفية والشافعية في الفرض والواجب لفظياً لما حصل الخلاف المذكور في الإكتفاء بقراءة بعض من القرآن عند الحنفية ودين الشافعية. وبعد هذا العرض الموجز يتبين لنا بوضوح أن قول ابن السبكي بأن الخلاف لفظي خطأ، لأن الخلاف اللفظي لا يترتب عليه أي أثر خلافي

سادساً: تعريف الرخصة والعزيمة:

ومن أخطاء ابن السبكي في كتابه (جمع الجوامع)، تعريفه للرخصة والعزيمة بقوله: ((والحكم الشرعي إن فُجِعَ من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي فرخصة، كأكل الميتة والتسليم والفطر المسافر لا يجهد الصوم واجبا ومنذويا ومباحا وخلاف الأولى وإلا فعزيمة))^(٤).

وجه الخطأ هم أن القرآن الكريم في الأحكام التكليفية يبين لنا حكمين أحدهما يكون خاصاً بحالة الظروف الإعتيادية وعدم وجود الأعذار الشرعية ويسمى (عزيمة) والثاني يكون خاصاً بالحالة غير الإعتيادية وقيام الأعذار الشرعية ويسمى (رخصة).

(١) الحج : ٧٧

(٢) للفتاوى الكبير الكاساني ٣١٢/١ و ٣٢٤.

(٣) المزمل : ٢٠

(٤) ابن السبكي، المصدر السابق ١١٩/١.

والحكماء موجودان في النص القرآني فيبدل أحدهما بالآخر في ظروفه الخاصة به، كما ورد في قوله تعالى بالنسبة لأحكام المحرمات ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (١) ففي هذه الآية الكريمة يتبين لنا بوضوح أن حكم أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وما أُهِلَّ به لغية الله هو المحرمة ويسمى العزيمة، لأنه الأصل المقصود المصمم للعمل به في الظروف الاعتيادية، كما يتجلى في نفس الآية أن حكم أكل الأشياء المذكورة هو الحل بل الوجوب في الحالة الاستثنائية وهي حالة الإضطرار والحاجة الماسة إلى انقضاء الحياة بتناول كل المحرمات المذكورة، لأن انقضاء الحياة البشرية واجب على صاحبها وغيره.

وبناء على ذلك كان المفروض على ابن السبكي (رحمه الله) أن يقول: ((والحكم الشرعي إن تبدل من صعوبة إلى سهولة... الخ)) لأن كلا من الحكمين الرخصة والعزيمة جاهز ومتوفر بالفعل، فلا يوصف أحدهما بالتفغير، وإنما يجب أن يستعمل تعبير التبديل بدلا من التفغير بالإضافة إلى عدم جواز وصف حكم الله بالتفغير لأنه قديم.

وكما ورد الحكماء في باب العبادات في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ أَيَّاماً مَعْدُودَاتٍ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ...﴾ (٢)

فالصيام عبادة سنوية مفروضة على كل مسلم بالغ عاقل غير معذور مدتها (شهر واحد)، فلا يجوز قطع هذه المدة في ظروف اعتيادية وحالات طبيعية وهذا ما يسمى عزيمة، أما في حالة قيام الأعذار الشرعية كالمرض والسفر فيكون للمريض أو المسافر رخصة الإفطار والاستمرار عليه إلى أن يزول العذر ويرجع الشخص إلى حياته الطبيعية، بناء على قاعدة (إذا زال العذر...)، ومن البدهي أن كلا من الحكمين (الرخصة والعزيمة) موجود في نص قرآني واحد، فيجوز تبديل أحدهما بالآخر كلما حل ظرفه الخاص به. والصواب في مثل هذه الأحكام أن يستعمل تعبير التبديل بدلا من التفغير لما ذكرنا في الآية الأولى.

(١) البقرة : ١٧٣

(٢) البقرة : ١٨٤

سابعاً : تعريف العام :

عرف ابن السبكي العام بأنه (اللفظ يستغرق الصاغ له من غير حصر)^(١).
هذا التعريف غير جامع، فلا يشمل إلا العام اللفوي، والصواب العام هو ما يستغرق الصاغ له دفعة واحدة لفظاً أو عرفاً أو عقلاً.^(٢)
العام اللفوي: لفظ وضع للحد مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع إن كان جنساً والأصناف إن كان نوعاً والأفراد إن كان صنفاً والأجزاء إن كان كلاً.

العام العرفي :

هو لفظ نقله أهل العرف من معناه اللفوي واستعمله في معنى أصم منه وتكرر استعماله فيه حتى أصبح حقيقة عرفية كلفظ (أكل) في قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٣).

ولفظ (أكل) ومشتقاته في هذه الآية وغيرها مثل قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِياً﴾^(٤). لم يقصد به الأكل بالمعنى اللفوي، وإنما أريد به المعنى العرفي العام، وهو كل تجاوز على حق الغير بدون مجر شرعي.

العام العقلي :

هو دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً، كما في قوله تعالى ﴿... وَالَّذِينَ يَكْتَنُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(٥).
بموجب العموم العقلي في هذه الآية كل عملة معدنية نقدية أو ورقية حلت محل الذهب والفضة في التعامل، حكمها حكم الذهب والفضة في كل ما يجب ليهما كالزكاة وما يحرم ليهما كالكنز وعدم الإنفاق في سبيل المصلحة العامة والخاصة، وإذا أُلغيت هذه العملة

(١) ابن السبكي، المصدر السابق، ٣٩٨/١-٣٩٩.

(٢) لمزيد من التفصيل يُنظر مولفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد) ٣٢٠/٢.

(٣) البقرة : ١٨٨

(٤) النساء : ١٠

(٥) يُنظر مولفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد، ٣٣٠/٢.

كإلغاء الدينار العراقي في العهد الملكي وفي حكم صدام حسين زالت العلة وبالتالي زال الحكم، ومن البديهي أن القرآن الكريم دستور إلهي خالد اقتصر على الكليات العامة وغرل العقل البشري بإرجاع الجزئيات المتدرجة تحت تلك الكليات إليها في الحكم، أي التي يدرك العقل عللها ومقاصدها،^(١) كإرجاع كل قدر وكل مسكر وكل تدخين إلى القاعدة العامة التي تقتضي بأن كل شيء يكون ضرره أكثر من نفعه فهو عرم، وقد نصّ على هذه القاعدة العامة قوله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالنَّبِيرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَافِعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا...﴾^(٢)، فلم يكن ابن السبكي (رحمه الله) موقفاً في تعريف العام ولا في قوله (والصحيح أن العام من عوارض الألفاظ)، لأن العام من عوارض الألفاظ والمصاني والأحكام، فالعموم في الموصولات (غير الجمع)^(٣) في معانيها لا في ألفاظها^(٤)، والمعموم في كليات القرآن والسنة النبوية في أحكامها، لأن الحكم في كل عام عام شامل لكل ما يندرج تحته.

وقد صرح ابن السبكي بأن العموم قد يكون عربياً وقد يكون عقلياً، ولكن جعل العموم في هاتين الصورتين أيضاً من صفات الألفاظ، وقد مثل للعموم العربي بالفحوى وللعقلي بترتيب الحكم على الوصف، فقال: (وقد يعم اللفظ عرفاً كالفحوى أو عقلاً كترتيب الحكم على الوصف)، مع أن كلا من الفحوى وترتيب الحكم على الوصف ليس من ألفاظ كما هو واضح. أما الفحوى فقد قال الأمدى^(٥) (أما مفهوم الموافقة فما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقاً لمدلوله في محل النطق، ويسمى أيضاً فحوى الخطاب ولحن الخطاب والمراد به معنى الكتاب). وترتيب الحكم على الوصف (أي علته أو سببه)، فإنه إما بفصل الشارع تركيب قطع اليد على السرقة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٦)، أو بفعل الإنسان تركيب الحقوق والالتزامات على العقود الصحيحة. والترتيب في الحالتين فعل وليس لفظاً.

(١) وعلى هذا الأساس عرفنا القياس بأنه إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني.

(٢) البقرة : ٢١٩

(٣) مثل (الذين) و(اللاتي) و(اللاتي).

(٤) مثل (من) و (ما) وغيرهما.

(٥) الأحكام في أصول الأحكام ٢١٠/٢.

(٦) المائدة : ٣٨

ثامناً: تعريف التخصيص

عرّف ابن السبكي التخصيص بأنه (قصر العام على بعض أفراد) ^(١)، ثم قال: (القابل له حكم ثبت لمتعدد، ثم استعرض الأقوال الخلافية في أن العام بعد التخصيص حقيقة في الباقي أو مجاز). ويّتين رأيه في أنه حقيقة في الباقي. ويلاحظ على ما ذكر ما يلي:

١- التخصيص ليس قصر العام على بعض أفراد، وإنما هو قصر حكم العام على بعض أفراد، وهذا ما صرح به ابن السبكي نفسه بقوله (والقابل له حكم ثبت لمتعدد)، أي أن التخصيص هو إخراج بعض أفراد العام من كونهم مشمولين بالحكم الوارد في العام، وبالتالي قصر حكم العام على بعض أفراد، وليس قصر العام على بعض أفراد.

٢- يوجد التناقض بين تعريف التخصيص بأنه (قصر العام على بعض أفراد) وبين قوله وقرن الشارح الخلى (والقابل له أي للتخصيص حكم ثبت لمتعدد لفظاً) ^(٢) أو معنى كالمفهوم به بهذا على أن المخصص في الحقيقة هو الحكم).

٣- استعراض آراء بعض علماء أصول الفقه من قبل ابن السبكي في أن العام بعد التخصيص حقيقة في الباقي أو مجاز يدل على اعترافه بأن هناك إخراجاً لبعض أفراد صيغة العام منها، وأن هناك باقياً مشمولاً بالصيغة، وبناء على ذلك يكون استعمال صيغة العام بعد تخصيصها استعمالاً في غير ما وضعت له، لأن الموضوع له جميع الأفراد دون بعضها. ثم رجح ابن السبكي القول بأنه حقيقة في الباقي، وهذا يدل على إقراره بأن الصيغة حقيقة رغم استعمالها في بعض أفرادها، وهذا أيضاً يتناقض مع قوله (والقابل له هو الحكم الثابت لمتعدد)، والواقع أنه لا وجود للباقي. وإيضاح ذلك قال تعالى ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾ ^(٣). ولفظ (الرجال) جمع تكسیر على بال الاستغراق فيفيد العموم لغة، فكانه قال لكل ذكر نصيب مما ترك الوالدان إلى آخره، فإله لم يرد ابتداء شمول الحكم لوارث قاتل، فبين

(١) البقرة : ٢١٩

(٢) كالمنطوق.

(٣) النساء : ٧

الرسول (ﷺ) هذا المراد وفقاً لقوله تعالى ﴿...وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾^(١)، فقال (لا يرث القاتل)، فالرسول لم يخرج القاتل من كونه رجلاً أو امرأة، لئلا من صيغة العموم، وإنما أخرجه من الحكم أي من كونه وارثاً، لأن التخصيص لا يتوجه إلى الصيغة ولا يخرج منها شيئاً من الأفراد من كونه مشمولاً بها، وإنما يخرج من الحكم الوارد في الصيغة ويبقى مشمولاً به لا يحكمها، فأين الباقي حتى يختلف علماء أصول الفقه في أن العام بعد التخصيص هل هو حقيقة في الباقي أو مجاز؟ وهذا خطأ مسبني على الخطأ في تعريف التخصيص بأنه قصر العام على بعض أفراد أو إخراج بعض أفراد منه، بينما الحقيقة هي أن التخصيص قصر حكم العام على بعض أفراد أو إخراج بعض أفراد العام من الحكم الوارد فيه.

تاسعاً: نسخ القرآن

قال ابن السبكي -كفى- (ويحوز على الصحيح نسخ بعض القرآن تلاوة وحكماً أو أحدهما فقط).^(٢)

لا ينكر نسخ بعض أحكام الشرائع السابقة بالشرعة الإسلامية ونسخ السنة النبوية بالقرآن، كنسخ التوجه إلى القبلة^(٣) بقوله تعالى ﴿قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ...﴾^(٤)، ونسخ السنة بالسنة كقول النبي (ﷺ): ((كنت نهيتكم عن زيارة القبور إلا فزددوها أو فزددوها)). ويحوز نسخ القرآن بالقرآن أيضاً كما يحوز وقوعه بأن نسخت آية أو أكثر وحذف المنسوخ في القرآن تلاوة وحكماً، لأن بقاء المنسوخ في القرآن الموجود بين أيدي المسلمين عبث

(١) النحل : ٤٤

(٢) ابن السبكي، المصدر السابق ٥١/٢-٥٢

(٣) الثابت بالسنة النبوية ففي صحيح مسلم ٣٧٣/١: ((عن ابن عازب قال صليت مع النبي ﷺ إلى بيت المقدس ستة عشر شهراً حتى نزلت الآية في البقرة/١٤٤)).

(٤) البقرة : ١٤٤.. قال ابن الجوزي (تواضع القرآن ص ٥١): واعلم أن قوله تعالى ﴿...فَأَيُّنَا تُوَلُّوا فَتُؤْمَرُ وَجْهَ اللَّهِ... البقرة : ١١٥﴾ ليس فيه أمر بالتوجه إلى بيت المقدس ولا إلى غيره، بل هو دال على أن الجهات عليها سواء في جواز التوجه إليها.

والله منزّه من أن يصل العبث، أما بقاء الآية للنسخة في القرآن فأمر غير واهٍ، لأنه لا يوجد في القرآن نسخ صريح بأن يُقال الآية كذا نسخت بآية كذا، وإنما النسخ يكون ضمناً، والنسخ الضمني لا يكون إلا بين آيتين متناقضتين نسخت المتأخرة منهما المتقدمة، ولا نجد في القرآن الكريم آيتين متناقضتين مجتمعتين في القرآن إحداهما ناسخة والأخرى منسوخة، فكل ما سماه علماء المسلمين من الفقهاء والأصوليين فهو إما تخصيص لنص عام أو تقييد لنص مطلق أو رخصة أو بيان لنص مجمل أو تدرج، أما نسخ آية من القرآن ثلاثاً وبقاى حكمها فهو غير موجود، وقد مثلوا له بالقول المشهور (الشيخ والشيخة إذا زنيا فلجرهما)، فهذا للكلام كان موجوداً في العهد الجاهلي وهو أصبح جاهلي، والعقل السليم يقضي بعدم قرأنيته، لأن كل جملة وكل كلمة في القرآن ثابتة بالتواتر، وكذلك بقاء التلاوة ونسخ الحكم لا وجود له في القرآن، وللإطلاع على الأدلة العقلية والعقلية على ما ذكر، يُنظر كتابنا (التبأن لرفع غموض النسخ في القرآن)، ولا مجال هنا لعرض تلك الأدلة.

عاشراً: نسخ القرآن بالسنة:

قال ابن السبكي في بيان نسخ القرآن بالسنة: (والحق لم يقع إلا بالتواتر)^(١)
نسأل المرحوم (ابن السبكي): أين تلك للتواتر التي نسخت آية قرآنية وهو يدعي وقوع ذلك؟

ومن البدهي أن عدد الأحاديث المتواترة قليل جداً، ثم لا توجد سنة متواترة واحدة في الشريعة الإسلامية تكون متناقضة مع آية قرآنية، حتى تكون ناسخة لها.
إضافة إلى ذلك إن السنة النبوية ولو كانت متواترة لفظها من الرسول (ﷺ) ومعناها إلهام من الله وليس حياً، فكيف تكون متكافئة مع آية قرآنية لفظها ومعناها من الله وحياً؟

ثم لماذا لم يتم النسخ من الله ذاته بالقرآن، هل كان مشغولاً بعمل آخر فوكل الرسول بذلك، لو كان عاجزاً، نعوذ بالله، كيف تصور السلف الصالح من علماء الأصول ذلك وهو فيه شائبة الشرك لله؟ وكيف ترفع منزلة المخلوق إلى منزلة خالقه آياً كان مركز هذا

(١) ابن السبكي، المصدر السابق ٥٣/٢

المخلوق، ما هذه المبالغة التي لا مجر لها؟ ما الفائدة في مناقضة ما لا وجود له في الشريعة الإسلامية أصلاً، وإنما يقتصر وجوده على ما في الخيال والأوهام والأذهان؟ النسخ سماء أبو مسلم الأصفهاني المعتزلي قصيصاً، لأنه قصر للحكم (أي المنسوخ) على بعض الأزمان، فهو تخصيص في الأزمان كالتخصيص في الأشخاص.^(١)

حادي عشر: نسخ الحكم الشرعي؛

قال ابن السبكي: (والمختار أن كل حكم شرعي يقبل النسخ).^(٢) وجه الخطأ أن الحكم في الاخبار لا يقبل النسخ، لأنه يستلزم الكذب وكذلك في الوعد والوعد.^(٣)

وهيفة السنة النبوية البيان، قال تعالى ﴿... وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾^(٤). وقال ابن السبكي: والمختار أنه رفع للحكم الشرعي،^(٥) ثم قال: ويصح على الصحيح النسخ بالسنة للقرآن، وأحق أنه لم يقع إلا بالتواترة.^(٦)

أين هذه التواترة التي نسخت القرآن، لأن قوله (وأحق لم يقع إلا بالتواترة) دليل على وقوعه بالتواترة، أين مثال ذلك؟ أين للتواترة التي تنحصر في عدد قليل؟ بل في حديث واحد؟ فكان المفروض أن يقول: لا يقع إلا بالتواترة عقلاً لا فعلاً.

أين للتواترة المتناقضة للقرآن؟

حصر وهيفة السنة في البيان وابن السبكي يقول النسخ ليس بياناً وإنما هو رفع الحكم الشرعي.

(١) ابن السبكي، المصدر السابق ٦٠/٢.

(٢) ابن السبكي، المصدر السابق ٦١/٢.

(٣) راجع التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن، للمؤلف.

(٤) النحل : ٤٤.

(٥) ابن السبكي، المصدر السابق ٥٠/٢.

(٦) ابن السبكي، المصدر السابق ٥٣/٢.

ثاني عشر: النسخ بالقياس:

قال ابن السبكي (رحمه الله): (ويجوز على الصحيح^(١) النسخ بالقياس).^(٢)
ومن المؤسف أن يذهب هذا العالم الجليل إلى القول بهذا الخطأ الفاحش وأن يحراً على
اعتباره صحيحاً.

ومن الأدلة العقلية الدالة على بطلان هذا القول ما يأتي:

١- أن النسخ فرع التناقض بين الناسخ والمنسوخ، والتناقض لا يقوم إلا بين دليلين
متكافئين ومن البديهيات عدم وجود التكافؤ بين القرآن والقياس.

ومن الواضح أن النسخ (الإلغاء) إما صريح أو ضمني، والنسخ الصريح يوجد في الحديث
كما في قول النبي (ﷺ): ((كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها)) وكذلك يوجد في
القانون، فإذا ألغيت مادة أو القانون كله، تنص مادة مستقلة على أنه تلك المادة الملغاة لا
يُعمل بها أو هذا القانون تم إلغاؤه ولا يجوز العمل به وما يوافق. لكن لا يوجد النص
الصريح في القرآن، فلا نجد آية تدل على أنها ناسخة لآية كذا. وإنما يكون النسخ فيه ضمناً
لشيء مبنياً على وجود آيتين متناقضتين، فرفع التناقض بينهما بإقرار أن المتأخر في التشريع
قد نسخ المتقدم فيه بإتفاق العلماء والعقلاء، على أن للمتناقضين لا يجتمعان معاً ولا
يرتفعان معاً.

فالنسخ يكون لرفع التناقض، فإذا لم يوجد التناقض في القرآن، لا يوجد فيه النسخ
أيضاً.

٢- إن القياس لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم وجود نص يدل على الحكم، فإذا كان النص
موجوداً ودالاً على حكم، فكيف يُصار إلى قياس ليثبت به نقيض هذا الحكم؟

٣- القياس لم يكن دليلاً شرعياً في عهد الرسالة، لأن مصادر الأحكام قبل وفاة
الرسول (ﷺ) في القرآن والسنة النبوية. فالقرآن مصدر منشئ والسنة مصدر مبين.

(١) تعبير (على الصحيح) ورد في بداية كلامه (٥٠/٢) في قوله (ويجوز على الصحيح نسخ بعض القرآن
تلاوة وحكما أو أحدهما فقط)، وهذا معطوف على ذلك، والقييد المعتبر في المعطوف عليه معتبر في
المعطوف أيضاً.

(٢) ابن السبكي، المصدر السابق ٥٤/٢.

٤- دور النسخ انتهى بوفاة الرسول (ﷺ)، فكيف يكون القياس ناسخاً بعد وفاته وهو عملية اجتهدية عقلية ظنية لجأ إليها الفقهاء بعد انقطاع الوحي، بل أنكر حججه كثير من الفقهاء..

٥- أين هذا القياس في العالم الإسلامي حتى يجوز النسخ به، هل هو موجود في مرجع من مراجع الشرع الإسلامي أو هو مجرد تصور ذهني وجوده كوجود العتقاء، فإذا كان مجرد خيال، لماذا يشوه به هذا القرآن العظيم ويُنسب إليه تهمة نسخه بالقياس.^(١)

ثالث عشر: أقسام النسخ من حيث المنسوخ:

قسم ابن السبكي^(٢) النسخ باعتبار المنسوخ إلى ثلاثة أقسام، منسوخ الحكم والتلاوة معاً، ومنسوخ الحكم فقط، ومنسوخ التلاوة وحدها.

القسم الأول: النسخ حكماً وتلاوة:

وقد أثبتنا بالأدلة العقلية والنقلية في مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) بطلان هذا الزعم.^(٣)

القسم الثاني: منسوخ الحكم دون التلاوة:

يريد على بطلان هذا الزعم أدلة كثيرة منها ما يلي:

١- ألفاظ القرآن قوالب جعلت لمعانيه التي هي أحكام تنظم حياة الأسرة البشرية وتؤمن لها السعادة الأبدية في الدارين، إذا تم العمل بمقتضاها، فالألفاظ غير مقصودة لذاتها وإنما جعلها الله لتكون وسيلة لإيصال تلك المعاني والأحكام إلى الإنسان وهذه الألفاظ وردت في الكتب السماوية بلغات متعددة، آخرها اللغة العربية الهية المرنة القابلة لتحميلها أكثر من معنى في القرآن العظيم الذي هو دستور الأخير المعدل للدساتير الإلهية السابقة يلتزم

(١) وقد يرد هذه الأدلة من هو متعصب لابن السبكي أكثر من تعصبه للقرآن الكريم.

(٢) ابن السبكي، المصدر السابق ٥١/٢-٥٢.

(٣) ص ٧٥ وما يليها.

- الإنسان بالعمل بمقتضاء مادامت الحياة باقية على كوكب الأرض.
- والألفاظ بمثابة القشر والحكم بمثابة اللب في غير القرآن من المأكولات المباحة للإنسان، فهاهي فائدة القشر إذا جرد من لبه وهل تبقى له قيمة يعتد بها قبل ذلك.
- ٢- القرآن نزل على محمد (ﷺ) ليبلغ به الأسرة البشرية ويكون رحمة للعالمين، كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(١) ولم ينزل للتدريج بألفاظه وليتغنى به في المناسبات وعلى المقابر والأموات، وإنما هو دستور الأحياء للعمل بمعانيه ومقتضاه، فما هو المقتضى إلى كان المطلوب الأساس مفقوداً وهو المعاني والأحكام.
- ٣- ماذا تقول لم أهدى إليك علبة من حلويات وبعد أن سلمها لك، سحب محتوياتها من تلك الحلويات، فطلب منك الاحتفاظ بالعلبة حتى تشتم رحة الحلويات وتتلفذ بقشرها.
- ٤- ماذا يقال لمن يشرع قانوناً لتنظيم مجتمعه وضمان حقوق والتزامات أفراد هذا المجتمع، ثم يلغي العمل بمقتضاه، لاشك أن مثل هذا العمل يعد سفهاً ونقصاً وعبثاً وعملاً لا معقولاً بالنسبة للمشرع الوضعي، وإذا كان الغاء الحكم وبقاء المادة (الألفاظ) نقصاً بالنسبة إلى العبد، فكيف يجوز أن ينسب إلى عليم حكيم عزيز قدير منزّه عن كل عيب ونقص.

- ٥- أين تلك الآيات التي نسخت أحكامها وبقت تلاوتها؟ وهذا التصور مجرد خيال لا وجود له إلا بالنسبة لمن يجعل الأوهام حقيقة لا وجود لها خارج ذهن الإنسان.

القسم الثالث: منسوخ التلاوة دون الحكم:

وهذا الزعم باطل أيضاً لأدلة أحصا ما يلي:

- ١- إن هذا الكلام إن صحّ فإنه ليس بقرآن وقد استشهد دعاء هذا النوع من النسخ بأخبار آحاد منها (الشيخ والشيخة إذا زنيا)^(٢) فأرجموهما البتة نكلاً من الله). ومن الغريب أن يُعد هذا الكلام كلام الله نسخ تلاوته وبقي حكمه، مع أنه كان كلاماً جاهلياً معروفاً قبل الإسلام، وإن النوق السليم يدرك أن مثل هذا التعبير خال عن كل بلاهة ويعيد عن أن يكون كلام الله سبحانه وتعالى، نسخت تلاوته وبقي حكمه.

(١) الأنبياء : ١٠٧

(٢) البرهان في علوم القرآن، للإمام بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، رقم ٢٥/٢.

ثم إن الرجم الذي قضى به الرسول تقليدا للعرف الجاهلي أو أخذاً بما هو في التوراة، قد نسخ بقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ...﴾^(١)

٢- الرجم لم يثبت في القرآن، وإنما ثبت بفعل الرسول (ﷺ) بناء على ما كان في العرف الجاهلي أو في التوراة، وإن القاعدة الشرعية العامة التي أقرها القرآن قبل القوانين تقضي بأنه (لا جرمة ولا عقوبة إلا بنص) في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَسُولُكُمْ مُّهِلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا...﴾^(٢)، ولا توجد أية قرآنية تنص على عقوبة الرجم لجرمة الزنى إذا كان الزاني أو الزانية متزوجاً.

٣- وقد أنكر كبار العلماء هذا القسم من النسخ لعدم منطقيته، ومن هؤلاء الزركشي^(٣) حيث قال: (وجزم شمس الأئمة المرخسي بإمتناع نسخ التلاوة مع بقاء الحكم، لأن الحكم لا يثبت بنون تلاوة)، ومنهم صدر الشريعة^(٤) (ومنع بعض العلماء وجود المنسوخ تلاوة، لأن النص لحكمه والحكم بالنص، فلا انفكالك بينهما)، وقال القاضي أبي بكر الباقلاني^(٥) (إن رواية عمر وأمثاله من الروايات التي تزعم وجود قرآن نسخ تلاوة رواية آحاد لا يصح التعويل عليها، فما تثبته غير ثابت ولو كانت التلاوة بالية لبادر سيدنا عمر (رضي الله عنه) إلى كتابتها ولم يعرج إلى فعل النص).

٤- وقال الألويسي: نسخ التلاوة أصلاً ممتنع.

(١) النور : ٢

(٢) القصص : ٥٩

(٣) البحر المحيط ١٠٤/٤

(٤) التوضيح والتنقيح ٣١٨/٢.

(٥) الانتصار لنقل القرآن المخطوطة ص ٢٠١.

رابع عشر: تعريف القياس:

ومن أخطاء ابن السبكي في كتابه جمع الجوامع، تعريفه للقياس بأنه (حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة حكمه عند الحامل).^(١)

وجه الخطأ: إن العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه لا تكون متساوية دائماً بل العلة التي هي ركن من أركان القياس قد تكون مساوية في كل من المقيس والمقيس عليه، كما في قياس إحراق مال اليتيم على أكله المحرم في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِياً﴾.^(٢)

والضرر الذي يترتب على إحراق مال اليتيم باية طريقة كانت يساري الضرر الذي يترتب على أكله بدون زيادة أو نقصان، فالقياس في هذه الحالة يسمى (القياس للمساوي).

وقد تكون علة الحكم أشد وأقوى في المقيس من المقيس عليه كما في قياس ضرب الوالدين على التأفيف المحرم في قوله تعالى ﴿...فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ...﴾^(٣)، لأن من البدهي أن في الضرب إيذاءً بدنياً ومعنوياً أشد بكثير من إيذاء التأفيف من الناحية الحسية والمعنوية. والقياس في هذه الحالة يسمى القياس الجلي أو القياس الأولي. وقد تكون العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه في المقيس أخف وأضعف كلياً من أبي حنيفة (رحمه الله) جواز تزويج البنت العاقلة الرشيدة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون إذن وليها على جواز بيعها لمالها الخاص بجامع خصوصية الحق للمتصرف فيه للمتصرف ومن الواضح أن العلة في المقيس أضعف حجة لأن موضوع التزويج لا يخص البنت ذاتها كما يخصها مالها الخاص، لأن التزويج بدون إذن الولي يعد وقاحة بالنسبة للبنت من جهة ومن جهة أخرى قد يؤدي إلى إساءة سمعة الأسرة، فالخصوصية في الحلقين غير متساوية، وهذا القياس يسمى القياس الخفي أو القياس الأدنى. وبناءً على ذلك كان المفروض على ابن السبكي (رحمه الله) أن يقول حمل معلوم على معلوم لأشراكها في علة الحكم عند الحامل.

(١) القصص : ٥٩

(٢) النساء : ١٠

(٣) الإسراء : ٢٣

ثم ان تركيز ابن السبكي على صفة المساواة لليلة المشتركة بين القيس والقيس عليه
يتناقض مع تنبيهه لفكرة التقسيم الثلاثي للقياس بحسب قوة وضعف علته الى الجلي
والمساوي والحفي في نفس المرجع، (٢١٧/٢)

رب زدنې علما والحنفې بالصالحين

**الدولة والمفاضلة
بين النظامين
(الملكي والجمهوري)**

طبيعة هذا الموضوع تتطلب تقسيم
دراسته من الناحية الشكلية إلى
فصلين:

يُخصص الأول لتعريف الدولة
وعناصرها وأسباب نشوئها
 وأنواعها.

ويكون الثاني للمفاضلة بين
النظامين الجمهوري والملكي.

الفصل الأول

الدولة، عناصرها، أسباب نشوئها، أنواعها

وتوزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث، الأول في عناصر الدولة، والثاني في نشأتها والثالث في أنواعها.

المبحث الأول

الدولة وعناصرها

أصل كلمة دولة (State) يعود إلى اللغة اللاتينية وبالذات كلمة (Status) التي تعني الحالة المستقرة. ولم تأخذ الكلمة مدلولها السياسي إلا في العهد الروماني عندما أقيمت الجمهورية. ولها معاني سياسية وقانونية واجتماعية وثقافية، اختلفت باختلاف الأزمنة والامكنة.^(١)

تعريف الدولة

عُرِّفت الدولة بتعريفات متعددة، أدقها أنها "كيان سياسي وقانوني منظم يشمل في مجموعة من الأفراد الذين يقطنون في أرض محددة ويخضعون لتنظيم سياسي وقانوني واجتماعي معين تفرضه سلطة عليا معترف بها في القانون الدولي لها شخصية معنوية تتمتع بحق استخدام القوة".^(٢)

^١ الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدكتور نعمان أحمد الخطيب، ص ١٣

^٢ عرفها الفقيه الفرنسي كاري دي مالبيج بأنها مجموعة من الأفراد تستقر على إقليم معين تحت تنظيم خاص يعطي جماعة معينة فيه سلطته عليها تتمتع بالأمر والإكراه.

عناصر الدولة:

عناصر كل شيء. هي ما تؤخذ من تعريفه، فإذا كان العنصر جزءاً من ماهيته يُسمى ركناً، وإلا فيُسمى شرطاً.

ويؤخذ من التعريف المذكور أن عناصر الدولة ستة، وهي السكان، والإقليم، والحكومة، والسيادة، والاستقرار والاعتراف الدولي.

العنصر الأول/ السكان: ولا يشترط عدد معين ولكن يلزم أن يقوم بين أفراد الدولة أيّاً كان عددهم نوع من الإنسجام.^(١)

العنصر الثاني/ الإقليم: ويشمل الإقليم البرّي والبحر القاري والمياه الإقليمية وراطن الأرض وما فيها من مناجم ومعادن ومياه جوفية، كما يشمل ما فوق الأرض من الأنهار والغابات والمرتفعات والجبال.

أ- سواء كان إقليمياً أرضياً، وهو مساحة من الأرض قد تتحدد بمحدود طبيعية كالجبال والبحار والأنهار، وقد تتحدد بمحدود صناعية كإقامة الأسوار والأبراج والأسلاك، لتكون فاصلاً واضحاً يبين نهاية حدود الإقليم.

ب- أو كان إقليمياً مائياً وهو جزء من البحار الملاصق لحدود الدولة والذي يُطلق عليها البحر الإقليمي، إذا وُجد، ويشمل البحر القاري والمياه الإقليمية.

ج- أو كان إقليمياً جويّاً، وهو الفضاء الجوي الذي يعلو الإقليم الأرضي والبحري حسب حدودهما، وللدولة أن تمارس سلطاتها الكاملة في هذا الجزء من الإقليم الجوي دون تقييد بارتفاع معين.

العنصر الثالث/ الحكومة: أي السلطة العامة، فيلزم لنشوء الدولة قيام سلطة عليا، تكون قادرة على أن تتولى شؤون الجماعة، سواء كان قيامها برضا الجماعة أو بدونه.

وعرّفها الدكتور نظام بركات والدكتور عثمان الرواف والدكتور محمد الحلوة بأنها كيان سياسي وقانوني منظم يشمل في مجموعة من الأفراد الذين يقيمون على أرض محددة ويضعون لتنظيم سياسي وقانوني واجتماعي معن ففرقه سلطة عليا تتمتع بحق استخدام القوة.

^١ الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، ط ١٩٦٤، ص ٢٥.

العنصر الرابع/ العميادية: وهي حالة إستقلال سلطة الدولة عن أية سلطة أخرى، داخلية كانت أم خارجية.

وبتعبير آخر الإستقلال السياسي أو الوحدة السياسية. ويُقصد بذلك قيام جماعة بذاتها بعيدة عن اندماجها أو تبعيةها لوحدة سياسية أخرى. وإذا توافرت هذه العناصر الأربعة أصبحت الجماعة دولة في العرف القانوني الداخلي، ومنه القانون الدستوري، ولكن هذا لا يكفي وحده لوجود الدولة في القانون الخارجي (القانون الدولي العام)، بل يجب أن تستكمل هذه الجماعة سيادتها الخارجية بالإعتراف دولياً للجماعة بصفتها دولة حرة في اختيار شكل حكومتها مع حقها في التمثيل السياسي والتصرف باسم الدولة مع غيرها من الأمم.

العنصر الخامس/ الإعتراف بالحكومة: وقد اختلف فقهاء القانون الدولي في تحديد طبيعة الإعتراف، هل هو اعتراف منشئ أو مقرر؟ وهل هو عمل سياسي أو عمل قانوني؟ وهل هو ملزم أو اختياري؟ وهل يصح أن يصطحب الإعتراف بشروط معينة؟ وهل يجوز أن تكون للإعتراف أثر رجعي؟ ولا مجال هنا لإستعراض الأدلة التي يستند إليها تلك الإتهامات المختلفة ومناقشتها.

ويعتقضى توافر تلك العناصر كلها لا يتصور وجود الدولة بدون أن تكون لها شخصية قانونية، فتظهر كوحدة مستقلة من الأفراد المكونين لها وتكون هي صاحبة السلطان دونهم، لذا يُقال شخصية الدولة شخصية معنوية، وذلك لتمييز ما بينها وبين الشخصية الطبيعية للمادة التي للأفراد. وهذا هو الوجود الدائم الذي يميز الدولة من الأفراد المكونين لها ومن الأشخاص الآدميين الممثلين إياها، ويتعب على هذا الدوام نتائج أهمها ما يأتي:

أ- الحقوق التي للدولة تظل قائمة ما بقيت هذه الأخيرة وإن تبدل ممثلوها وكان الناس إلى القرن السادس عشر يعتقدون أن السيادة تنقطع وتتعطل عند وفاة الملك.

ب- الإلتزامات التي تتعهد بها الدولة تبقى رغم تبدل شكلها أو تغير ممثليها فتظل الإلتزامات المالية التي تملتت بئمة الدولة قائمة وكذلك تبقى للمعاهدات التي أبرمها.

ج- القوانين التي تسنها الدولة تبقى قائمة ما لم تلغ صراحة وضمناً.^(١١)

^{١١} للدكتور عثمان خليل، القانون الدستوري الكتاب الأول في المبادئ الدستورية للجامعة، ص ٨٤ وما يليها.

المبحث الثاني

نشأة الدولة

تعددت النظريات في كيفية نشوء الدولة، منها ما يلي:

لولا: النظرية الديوقراطية،^(١) مضمونها هو أن الدولة نشأت على أساس إلهي، وقد

مرّت هذه النظرية بالصورتين الثلاث الآتية:

١- كان الحاكم (أو رئيس الدولة) يُعتبر من ذي طبيعة إلهية، فهو لم يكن مختاراً من الله، بل كان الإله ذاته. وقامت بعض الدول القديمة على هذا الأساس، كما كان في مصر وفارس وهند وصين، وكان الملوك والباطرة يُنظر إليهم باعتبارهم آلهة، وكان الرومان يُقدسون الإمبراطور باعتباره إلهاً.

٢- تطورت نظرية اعتبار الحاكم من طبيعة إلهية، ولم يعد الحاكم إلهاً لو ذا طبيعة إلهية، بل أصبح مستمداً سلطته من الله، فالحاكم يصفى به الله ويروده السلطة، وهذا ما يسمى التفويض الإلهي المباشر. أي أن الحاكم يستمد سلطته من الله مباشرة دون تدخل إرادة أخرى في اختياره. كما في العراق القديم في عهد حمورابي.

٣- التفويض غير المباشر في العصور الوسطى أثناء الصراع بين الكنيسة والإمبراطور، ظهرت فكرة التفويض الإلهي غير المباشر، أي أن الحاكم يتولّى السلطة عن طريق شعب بتوجيه من الإرادة الإلهية.

والنقد الموجه إلى هذه النظرية هو أنها مجرد حيلة يلجأ إليها الحاكم تبريراً وتدعيماً لسلطته المطلقة الاستبدادية، وتلافياً لمسؤوليته عن أعماله أمام الشعب.^(٢)

ثانياً: نظرية العقد الاجتماعي: مضمونها أن الحياة الفطرية سبقت قيام الجماعة، فانتقل الإنسان من الحياة الفطرية إلى الحياة الجماعية عن طريق عقد اجتماعي بين الأفراد بقصد إقامة السلطة الحاكمة. وقد ظهرت هذه النظرية في القرنين السابع عشر والثامن عشر، وكان من أنصارها والمدافع عنها في القرن السابع عشر، الفيلسوفان

^١ دكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، ص ٨٦ وما يليها.

د. حازم عبدالمتعال، النظرية الإسلامية في الدولة، ص ٧٠ وما يليها.

^٢ د. حازم عبدالمتعال، المرجع السابق، ص ١٦٤.

الأنكليزيان (هوبز، ولوك)، وقد بلغت هذه النظرية ذروة شهرتها على يد السياسي الفرنسي الشهير (روسو).

ومن الإنتقادات الموجهة إلى هذه النظرية:

- ١- عدم وجود دولة في التاريخ نشأت عن طريق العقد الإجتماعي.
- ٢- إنها مجرد افتراض من ورائه خطورة إعطاء الدولة سلطة تقيد مدى ما تنازل عنه الأفراد من حريات ومدى ما تتلوه من التزامات، وفي هذا تمهيد السبيل للحكم المطلق.

- ٣- فكرة التعاقد في حد ذاتها بعيدة عن خيال الإنسان في العصور الهمجية الأولى.
- ٤- مبدأ الحريات والحقوق السياسية لا يصح أن يكون عللاً للتعاقد.
- ٥- من الصعب تصور عقد يتم في وقت لم توجد فيه وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية والسلوكية واللاسلكية بين أفراد بني البشر.

الصلة بين العقد الإجتماعي وبيعة العقبة:

لا يوجد أي تقارب بين بيعة العقبة في عهد الرسالة وبين العقد الإجتماعي، للأسباب الآتية:

أ- العقد الإجتماعي مجرد افتراض وخيال ليس له سند من الواقع. بخلاف بيعة العقبة، فهي ثابتة بالتواتر.

ب- الاتفاق في بيعة العقبة لم يكن على أساس تكوين الدولة، بل كان في البيعة الأولى الاتفاق على التوحيد والالتزام بالقواعد الإجتماعية والأخلاقية. وفي الثانية كان الاتفاق على التضامن في حالتي السلم والحرب.

ج- لم يحضر في البيعة جميع أفراد المسلمين، بل حضر في الأولى إثني عشر رجلاً من أهل المدينة، وفي الثانية حضرها ثلاث وسبعون رجلاً وإمرأتان.^(١)

ثالثاً: نظرية التطور للعاطفي: أي نشأت العائلة أولاً ثم تطورت إلى حلقة الجماعة، ثم إلى العشيرة، ثم إلى القبيلة، ثم إلى المدينة السياسية، ثم إلى نشأة الدولة. ويؤخذ على هذه النظرية بعض المآخذ منها:

أ- لا يؤيدها التاريخ، لأن هناك بعضاً من الدول كالفرس ومصر الفرعونية وبلاد

^١ الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري، رسالة الخلافة، ص ٥.

الإغريق في الروما، لم تمر بهذا التطور.

ب- فكرة العائلة لم تكن هي الأصل في تكوين الجماعات البشرية، بل كانت المرأة في ذلك العهد أقرب إلى المتاع للشاع، فلم تكن هناك أسرة حتى تتطور.

وأخيراً: نظرية الضرورة: الإنسان كائن إجتماعي يسعى باستمرار للحفاظ على كيانه ورفع مستوى معيشته، وهو في هذه الطبيعة لا يستطيع أن يعيش منفرداً لعدم قدرته على إشباع كل حاجاته ومستلزمات حياته، لذا اقتضت الضرورة إلى تكوين وجود مجتمع لحماية العلاقات الإنسانية المتعددة والمصالح الخاصة والعامة، ولو تطلب ذلك نزول البعض عن قدر معين من الحقوق التي يمتلكها بحكم الطبيعة. بمعنى أن يكون هناك قواعد تنظم سلوك الأفراد ومعاملاتهم وتُشرف عليها سلطة عامة، تمثل هذا المجتمع، قادرة على إجبار كل فرد على إحترام ما تضعه من قواعد يراعى بها التوازن بين الحرية والمصلحة الذاتية.^(١) وهذه النظرية يزيدها العقل السليم.

خاصة: نظرية القوة: ترى هذه النظرية أن الدولة مصدرها الأول القوة والصراع بين الجماعات البدائية. فالدولة طبقاً لهذه النظرية لا تعدو أن تكون في الواقع نظاماً فرضه شخص أو أشخاص بطريق العنف على باقي الأفراد، لحملهم على الخضوع لهم. وقد حاول أنصاو هذا الاتجاه الاستشهاد بوقائع تاريخية تبين عنصر القوة وأهميته كمصدر فعّال لنشأة الدولة.^(٢)

والقوة في معناها الحديث تتسع لتشمل الفكر والإقتصاد والسيلة.^(٣) ومن الإنتقادات الموجهة إلى هذه النظرية أن عديداً من الدول الحديثة نشأت نتيجة لإستقلال المستعمرات دون نظرية القوة. والقوة رغم أنها عنصر هام للدولة، غير أن

^١ لمزيد من التفصيل يُراجع الدكتور توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٨١، ص ١٣

الدكتور عبدالحق فرج الصفدي أصول القانون ط ١٩٨١، ص ٥.

الدكتور محمد كامل ليلق، النظم السياسية،

الدكتور نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

^٢ الدكتور فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص ٣٣١.

^٣ الدكتور إبراهيم شيجا، مبادئ الأنظمة السياسية ص ١٨٢.

ويُعتبر ابن خلدون من أنصار هذه النظرية حيث أوضح في كتابه (المقدمة) هذا الافتراض وحدد كيفية نشأة الدولة وأنها بارها.

وحدما لا تكفي لأن تكون مصدراً أو أصلاً لنشأة الدولة.

صاحباً: نظرية التطور التاريخي: ومن أهم ما يمتاز به هذه النظرية من غيرها من النظريات السابقة، أنها لا ترجع أصل نشأة الدولة إلى عامل عديد بذاته، وإنما إلى عوامل متعددة كالقوة والإتصاف والدين والفكر وغير ذلك. فهذه العوامل تفاعلت بعضها مع البعض، ثم أدت إلى تجمع مجموعة من الأفراد وظهور فئة استطاعت فرض سيطرتها على سائر الجماعات، ثم ظهور فئة عليها حاكسة وأخرى محكومة. ومن البديهي أن تفاعل العوامل الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والمادية لم يحدث فجأة في تجمع واحد، وإنما حدث في فترات زمنية طويلة. ومن أنصار هذه النظرية في فرنسا، (أميل ديجي).^(١)

وهناك نظريات أخرى لا أرى فائدة في نقلها أو مناقشتها.

تقويم النظريات المذكورة:

وفي رأينا المتواضع أن نظرية الضرورة هي الأكثر إلى الواقع، ورغم ذلك فإن لكل نظرية دوراً مهماً في تكوين الدولة في بعض أقطار المعمورة. ولا ترجع نشأة الدولة إلى نظرية محددة دون أخرى، بل ساهمت كل نظرية في ضوء طبيعة منطقة نشأة الدولة وتأثيراتها وطبيعتها من الناحية الاقتصادية والإستراتيجية، وتدخل الظروف الخارجية والداخلية في شؤون الشعب الذي نشأت فيه الدولة.

طبيعة الدولة:

ذكرنا سابقاً أن الدولة ليس لها وجود حسي أو كيان مادي الإنساني الذي له شخصية طبيعية كسائر الكائنات الحية، لذا قال علماء القانون أن للدولة شخصية معدومة (أو حكيمية) بعد الإقرار بها، فلها حقوق وعليها التزامات داخلية ودولية، لكن لا تستطيع أن تمارس اختصاصاتها القانونية إلا عن طريق شخص طبيعي، ولا تأثر لتغيير نظام الدولة من الملكية إلى الجمهورية أو بالعكس، ولا لتغيير الشخص الطبيعي الذي يمثلها في اختصاصاتها من الحقوق والالتزامات، وعلى سبيل المثال سقوط صدام حسين لم يكن له أي تأثير على حقوق والتزامات العراق لا داخلياً ولا دولياً.

^١ الدكتور فؤاد المطار، النظم السياسية والقوانين الدستورية، ص ٣١٦.

المبحث الثالث

أنواع الدولة

تنقسم الدولة إلى أنواع متعددة بميئيات مختلفة كالآتي:
من حيث الشكل تنقسم إلى الدولة البسيطة والدولة المركبة.
ومن حيث أساس نظام الحكم تنقسم إلى ملكية وجمهورية.
ومن حيث طبيعة نظام الحكم تنقسم إلى ديمقراطية ودكتاتورية.

أولاً: الدولة البسيطة؛

هي التي تكون كتلة الأمة فيها واحدة متجانسة غير مجزأة ولا مقسمة كفرنسا وإيطاليا وإسبانيا ومصر وسوريا، وإن تعددت أقسامها الإدارية من مديريات وأقاليم ولايات ومخالفات. أي أن الدولة البسيطة تُمارس السلطة فيها الإدارة المركزية واللامركزية.

أ- الإدارة المركزية قد تكون مطلقة المتمركز من حيث صدور جميع القرارات التشريعية والإدارية من المركز (مركز السلطة في العاصمة) ويكون رؤساء الوحدات الإدارية كالمحافظين معينون من قبل المركز تابعون له ومنفنون لأوامره.

أما الإدارة اللامركزية فهي حالة توزيع مهام السلطة وذلك بمنح المناطق الإدارية حقوق الإدارة الذاتية، فيختص سكان كل وحدة إدارية أو مجموع وحدات (أقاليم) بإدارة شؤون وحدتهم أو إقليمهم إدارة ذاتية. ومن ذلك حق انتخاب المجالس البلدية وحق انتخاب أعضاء مجلس الحكم المحلي. ومنح المجالس المحلية للمنتخبة صلاحيات الإدارة الذاتية باعتبارها مجالس تشريعية محلية لا تتقاطع مع المجلس التشريعي المركزي. وبذلك تنقسم دولة مركزية إلى مركزية مطلقة

ومركزية ديمقراطية، كما تنقسم الدولة اللامركزية إلى لامركزية محدودة ولا مركزية مطلقة.^(١)

كما ان الدولة البسيطة قد تكون ملكية وقد تكون جمهورية، ويأتي تفصيلهما في الفصل الثاني بإذن الله.

ثانياً: الدولة المركبة:

وهي التي تتألف من دولتين فأكثر، لكل واحدة منها سيادة داخلية وسيادة خارجية متميزة. وتنقسم إلى الأقسام الآتية:

١- الإتحاد الشخصي: وتكون وحدة شخص رئيس الدولة هي مظهر الوحدة، ولكل دولة سياستها الخاصة وقوانينها الداخلية. ويتألف الإتحاد الشخصي من عدة دول بسيطة منفصلة ومستقلة بعضها عن بعض انفصلاً تاماً من كل الوجوه، بحيث يكون لكل دولة من دول الإتحاد الشخصي سيادتها الداخلية والخارجية وشخصيتها المعنوية المنفصلة تماماً على الصعيدين الداخلي والدولي، ولكل منها حكومتها المستقلة، والرابط الوحيد بينها هو وحدة الرئاسة. وهذا النوع من الدول للمركبة لا وجود له اليوم في المحيط الدولي المعاصر. ومن أمثلته سابقا (هولندا ولوكسمبورغ) وقد أنشأ مؤتمر فيينا عام ١٨١٥م، وفي سنة ١٨٩٠م انحل هذا الإتحاد.^(٢)

ومن مظاهر هذا الإتحاد:

أ- الإتحاد الشخصي ينشأ بالصدفة ويزول كذلك بالصدفة، لأنه في الغالب نتيجة حادث عارض في حياة الدولة، وهو تقابل عرش دولتين أو أكثر في شخص واحد ملكاً أو امبراطوراً.

ب- تحتفظ كل دولة بشخصيتها وسيادتها الدولية.

ج- معاهدات إحدى الدول لا تلزم الأخرى.

^١ ينظر القاضي نبيل عبدالرحمن حيادي، اللامركزية والفدرالية، ص ١١ وما يليها.

اتبع فقهاء القانون والسياسة مناهج متعددة في تقسيم الدول تبعاً لطبيعة اختصاصاتهم ومن تلك التقسيمات إلى دول كاملة السيادة وأخرى ناقصة السيادة.

^٢ المرجع السابق، ص ١٣. الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص ٨١ وما يليها.

د- تبقى كل دولة من الدول الأعضاء أجنبية تجاه الأخرى.

هـ- لكل دولة جنسيتها الخاصة.

ويعتبر الإتحاد الشخصي أحفد الإتحادات.

٢- الإتحاد الاستقلالي أو التعاهدي: ينشأ نظام الدول التعاهدية باتفاق يُعَمِّد بين عدة دول، يتكون بمقتضاه مجلس تعاهدي يضم ممثلين للدول الموقعة على الاتفاق، ويجتمع بانتظام للنظر في المسائل المشتركة المحددة بالاتفاق. ورغم هذا المجلس التعاهدي، تحتفظ كل دولة باستقلالها وسيادتها، ولا يترتب على الانضمام لهذا الإتحاد قيام دولة فوق الدول للتعااهدة، وإنما ينحصر الأثر في النظر في بعض المسائل التي تهم الإتحاد.

وأهم ما يميز الإتحاد التعاهدي من الإتحاد الفدرالي أن كل دولة من الدول المنضمة للإتحاد التعاهدي، إضافة إلى احتفاظها بشخصيتها، تحتفظ أيضا بمرتها في المخرج من الإتحاد التعاهدي في أي وقت شاء. ولهذا فإن الإتحاد التعاهدي يُعتبر بطبيعته نظاماً مؤقتاً ينتهي بعد مدة إما إلى الزوال وإما إلى التحول إلى الدول التعاهدية أو إلى دولة فدرالية. وهذا هو ما حدث فعلاً بالنسبة للدول التعاهدية التي عرفها التاريخ. منها دول الإتحاد التعاهدي لدول أمريكا الشمالية الذي استمر من عام ١٧٧٨ إلى ١٧٨٧، حيث تحول إلى دولة فدرالية بصور دستور الدولة الفدرالية. ويتميز بعدم إمكان توسيع اختصاصات هيئة الإتحاد إلا بموافقة جميع الدول المشتركة فيه على ذلك.

٣- الإتحاد الحقيقي أو الفعلي: في هذا النوع مظاهر الوحدة والتماكك تزداد فيكون للدولة رئيس أعلى واحد، وسلطات واحدة تُباشَر شؤونها الخارجية والعسكرية، بحيث تفقد كل دولة داخلية بهذا النوع من أنواع الدول الاتحادية أو للركبة شخصيتها الدولية بالكامل لصالح دولة الإتحاد. وهذا الإتحاد أقوى من سابقه. ومعناه أن دولتين أو أكثر تنظم فيما بينها في اتحاد دائم تحت رئيس واحد وحكومة واحدة في كل ما يتصل بشؤونها الخارجية، ويترتب على ذلك أن ينشأ شخص دولي جديد، هو دولة الإتحاد. ويترتب على هذا النوع النتائج الآتية:

أ- تفقد دول الأعضاء شخصيتها الدولية، فالتمثيل الدبلوماسي تكون واحداً بالنسبة إلى الإتحاد.

ب- الحرب مع إحدى دول الأعضاء تُعتبر حرباً مع الكل.

والحاصل إن الإتحاد الفعلي أو الحقيقي:

- هو اتحاد بين دولتين أو أكثر تتخلى أطرافه عن سيادتها الخارجية لتصبح

ذات شخصية دولية واحدة وتولى رئاستها أحد رئيسي الدولتين.

- السياسة الخارجية واحدة والتمثيل الدبلوماسي واحد تتولاه حكومة واحدة،

ويحمل مواطنو الدولتين جنسية واحدة.

- الأمور الداخلية يُترك للدول الأعضاء حق حرية التصرف فيها.

- الحرب التي يدخل فيها أطراف الإتحاد تُعد ملزمة لأطرافه.

- الحرب بين الدول الأعضاء تُعد حرباً أهلية.

ومن أهم الأمثلة على هذا الإتحاد:

الجمهورية العربية المتحدة (مصر-سوريا) ١٩٥٨-١٩٦١.

الإتحاد بين اليمن الشمالي والجنوبي منذ ١٩٩٠.

٤- الإتحاد الكونفدرالي: هو عبارة عن أحد أنواع الدولة المركبة تتكون عن توافق

إرادات دول مستقلة تمام الاستقلال بتأليف مجلس اتحادي استشاري بمثابة جمعية

دولية سياسية أو منظمة أو هيئة تضم الممثلين عن حكومات الأعضاء، وقرارات

المجلس تُصبح إلزامية. كما أن تكون الفدرالية قد يكون بموجب معاهدات

واتفاقيات دولية يُخول كل عضو أن ينسحب منها حسب ما هو منصوص عليه

في وثيقة المعاهدة.^(١)

٥- الإتحاد المركزي أو الفدرالي: وهي دولة كاملة التكوين والسيادة.

من أنواع الدول المركبة ذات الأهمية في الوقت الحاضر الدولة الفدرالية أو الإتحاد

المركزي أو الفدرالي، وتتكون الدولة الفدرالية من اشتراك مجموعة من الدول في

دولة واحدة، بحيث تحتفظ كل دولة بدمتورها الخاص الذي تضعه بنفسها، كما

تحتفظ بسلطاتها العامة الثلاث (التشريعية والقضائية والتنفيذية).. وفي نفس

الوقت تنشأ دولة مركزية فوق مجموع الدول المكونة للإتحاد الفدرالي، ويكون لهذه

الدولة المركبة دستور خاص بها وسلطات مركزية تشريعية وتنفيذية وقضائية

تُباشر وظائفها بالنسبة للدولة المركزية، أي بالنسبة للإختصاصات التي يعهد بها إليها الدستور المركزي لكي تباشرها السلطات المركزية بالنسبة لجميع الدول المُنتسبة للإتحاد الفدرالي، بمعنى أن هذه الإختصاصات تخرج بهذا التحديد من نطاق الإختصاصات التي تُباشرها السلطات العامة في الدول الأعضاء في الإتحاد. وتتميز الدولة الفدرالية بأنها تُعتبر في نظر سائر الدول في القانون الدولي دولة واحدة مُثَّلة في الدولة المركزية، وفي الإتحاد الفدرالي تُنظم العلاقات بين الدول الأعضاء فيما بينها من جهة وفيما بينها وبين الدولة المركزية من جهة أخرى وفقاً لأحكام القانون العام الداخلي، وبوجه خاص القانون الدستوري المركزي وأحكام دساتير الدول الأعضاء.

كيفية توزيع الإختصاصات بين الدولة المركزية والدويلات (الأقاليم):

هناك ثلاث طرق يمكن اتباعها فيما يتعلق بتوزيع الإختصاصات بين الدولة المركزية والدويلات (أو الأقاليم):

الطريقة الأولى: أن يُعهد الدستور المركزي اختصاصات كل من الدولة المركزية والدويلات على سبيل المحصر. ومن أمثلة هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفيتي سابقاً.

ومن عيوب هذه الطريقة أنها لا تسمح بتحديد صاحب الإختصاص بالنسبة للمسائل التي يُظهرها التطبيق العملي لأحكام الدستور دون أن يكون لها ذكر في نصوص الدستور.

الطريقة الثانية: أن يُنص في الدستور على اختصاص الولايات على سبيل المحصر، ويُترك اختصاص الدولة المركزية بدون تحديد، على أساس أن كل ما لا يرد ذكره في اختصاص الولايات يكون من اختصاص الدولة المركزية. وبذلك يكون اختصاص حكومة الإتحاد عاماً وشاملاً بحيث يتناول كل الأمور فيما لم يرد فيه نص.. ومن عيوب هذه الطريقة أنها تؤدي إلى توسيع اختصاصات الإتحاد وتقوية مركزه مع مرور الزمن على حساب سلطة الدويلات.

الطريقة الثالثة: تُحدد اختصاصات الدولة المركزية على سبيل المحصر، على أن تكون للدويلات حق مباشرة جميع الإختصاصات التي لا تدخل في اختصاص الدولة المركزية بصريح النص. وهذه هي الطريقة المتبعة في تحديد الإختصاصات في

المكسيك والأرجنتين^(١)

مقارنة بين سلطة الدولة المركزية وسلطة الولايات:

وجدير بالذكر أن سلطة الدولة المركزية أقوى بوجه عام من سلطة الولايات لسببين:

أحدهما أن الدولة المركزية تُباشر اختصاصاتها المقررة لها في الدستور بالنسبة لسكان الولايات.

والثاني أن السلطة القضائية المركزية تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء فيما بينها، وتلك التي تنشأ بين الدول الأعضاء وبين الدولة المركزية.

أهمية نظام الاتحاد المركزي (الفدرالي):

١- يُعتبر نظام الاتحاد المركزي أكثر النظم ملائمة للدول التي تتكون من أقاليم متسعة الأرجاء كالولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفيتي سابقاً. أو يكون سكان الدولة مكونين من قوميات مختلفة كالعراق في الوقت الحاضر.

٢- توجيه دول ذات نظم متغايرة وجعلها واحدة قوية بدون أن يؤدي إلى القضاء على شخصية هذه الدول.

٣- له الفضل في تجميع عدة دول صغيرة سابقاً وتمكينها من التمتع بميزات دولة واحدة، ولو لا هذا النظام لبقيت متباعدة ضعيفة.

انتهاء الاتحاد المركزي (الفدرالي): يُتصور أن تنتهي الدولة المتحدة اتحاداً فدرالياً بأحد الأسلوبين:

أحدهما: انهيار هذه الدولة بالطرق التي يقرها القانون الدولي العام لإنهيار الدول^(٢).

والثاني: بقاء الدولة مع تحول شكلها بأن تتحول إلى دولة واحدة بسيطة أو إلى نوع آخر من أنواع الاتحاد المذكورة كالإتحاد التعاهدي وهذا الأسلوب يُتصور نظرياً، لكن لم يقع تاريخياً إلا الأسلوب الأول.

^١ يُنظر الدكتور محمد كامل ليلة، النظم السياسية، ص ١٩٦، ص ١٣٢.

^٢ الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص ٨٦ وما يليها.

٦- الإتحاد السويسري: ومن أنواع الإتحادات في الماضي والحاضر والمستقبل، الإتحاد السويسري، بمقتضى دستوره الصادر في ١٨ / نيسان ١٩٩٩ للمعول به منذ أول يناير ٢٠٠٠. ونستعرض فيما يلي بعض مواد دستور الإتحاد السويسري، لإثبات أن هذا النوع من الإتحاد يحقق جميع الحقوق والالتزامات تحقيقاً مقترناً بالمعادلة والمساواة دون تمييز باللغة أو الدين أو العرق أو الصنف أو نحو ذلك:

"المادة ١ - الاتحاد السويسري: يتكون الاتحاد السويسري من الشعب السويسري والمقاطعات الآتية: زيورخ، بERN، لوترون، لوري، شفيتز، أوبفالدن ونيدفالدن، جلاريس، تزوج، فريبسوج، سولوتون، مدينة بازل وريفها، شافهاوزن، أبزل رود الخارجية والداخلية، سانت جالين، جراوبوندن، أرجاو، تورجار، تسين، فو، فالي، نيوشاتيل، جينيف، وجورا.

المادة ٢ - أهداف الاتحاد:

- ١) يحمي الاتحاد السويسري الحرية وحقوق الشعب ويحافظ على استقلال وأمن البلد.
- ٢) يدعم الاتحاد الرخاء العام والتنمية الدائمة والتماسك الداخلي والتعددية الثقافية في البلد.
- ٣) يوفر الاتحاد تكافؤ الفرص بين المواطنين والمواطنات لأقصى حد ممكن.
- ٤) يبذل الاتحاد الجهد للحفاظ الدائم على الموارد الطبيعية ويسعى لتحقيق نظام دولي يسوده العدل والسلام.
- المادة ٣ - للمقاطعات: تتمتع المقاطعات بالسيادة طالما أن دستور الاتحاد لم يحد من هذه السيادة، كما تمارس المقاطعات كافة الحقوق التي لم تفوض إلى الاتحاد.
- المادة ٤ - لغات الدولة: لغات الدولة هي الألمانية، والفرنسية، والإيطالية، والرتومانش.
- المادة ٥ - مبادئ تصرفات دولة القانون:

 - ١) القانون هو أساس وحدة تصرفات الدولة.
 - ٢) تكون تصرفات الدولة من أجل المصلحة العامة وتتناسب مع الهدف المنشود.
 - ٣) يجب على أجهزة الدولة والأشخاص التصرف وفقاً لمبادئ حسن النية.
 - ٤) يحتم الإتحاد والمقاطعات القانون الدولي.

المادة ٩ - المسئولية الفردية والإجتماعية: كل شخص مسئول عن نفسه وببذل كل ما في وسعه للمساهمة في إنجاز مهام الدولة والمجتمع.

المادة ٧ - كرامة الإنسان: يجب احترام وحماية كرامة الإنسان.

المادة ٨ - المساواة:

١) كل الناس متساوون أمام القانون.

٢) لا يجوز التمييز بين الناس بسبب الأصل أو العرق أو الجنس أو العمر أو اللغة أو الوضع الإجتماعي أو طريقة الحياة أو الإعتقاد الديني أو الفلسفي أو السياسي ولا بسبب الإعاقة البدنية أو العقلية أو النفسية.

٣) الرجل والمرأة متساويان في الحقوق ويكفل القانون المساواة القانونية والفعلية بينهما خاصة في الأسرة والتعليم والعمل. ولكل من الرجل والمرأة الحق في نفس الأجر عن نفس العمل.

٤) يتخذ القانون الإجراءات اللازمة لإلغاء عدم المساواة التي تمس بالمعاقين.

المادة ٩ - الحماية من التعسف وحماية حسن النية: لكل إنسان الحق في أن يُعامله أجهزة الدولة دون تعصب وطبقاً لمبادئ حسن النية.

المادة ١٠ - الحق في الحياة والحرية الشخصية:

١) لكل إنسان الحق في الحياة، عقوبة الموت ممنوعة

٢) لكل إنسان الحق في الحرية الشخصية وخاصة في سلامته البدنية والنفسية وفي حرية التنقل.

٣) التعذيب ممنوع وكذلك كافة صور للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة^{(١) (٢)}.

^١ ترجمة الدكتور محمود المندي والدكتور سامي النيب. وقد تم قبول هذا الدستور في تصويت شعبي في ١٨/٤/١٩٩٩ وقرره القادي في ١١/٥/١٩٩٩.

^٢ المقاطعات (الكائنات) عبارة عن (٢٣) مقاطعة (كانتونا). الدستور يتكون من (١٩٧) مادة مقسمة إلى ستة أبواب:

الباب الأول - قواعد عامة

الباب الثاني - الحقوق الأساسية وحقوق المواطن والأهداف الإجتماعية.

الباب الثالث - الاتحاد، والمقاطعات والبلديات.

الباب الرابع - الشعب والمقاطعات.

الباب الخامس - السلطات الاتحادية

الفصل الثاني

المفاضلة بين النظامين الملكي والجمهوري

وطبيعة هذا الموضوع تتطلب توزيع دراسته

على مبحثين:

يُخصص الأول للنظام الملكي

والثاني للنظام الجمهوري.

المبحث الأول

النظام الملكي، محاسنها ومساوئها

الحكومة الملكية هي التي يتولى رئيسها الأعلى السلطة عن طريق الوراثة، باعتبار ذلك حقًا متوارثًا لا يُشاركه فيه أحد مدى الحياة.

وُسمي هذا الرئيس الملك أو الإمبراطور أو القيصر أو السلطان أو الأمير أو الدوق أو غير ذلك من الألقاب.^(١)

من تتبع تاريخ نشأة النظام الملكي في الماضي والحاضر يجد فيها مساوئ سلبية تنعكس آثارها السلبية على الشعب المحاضع له، ومنها ما يلي:

لولا - قامت الملكية في أصلها على زعم أن الملوك آلهة،^(٢) أو يستمد سلطته من العناية الإلهية وحدها،^(٣) ولم تهذب الأنظمة الملكية لتتماشى مع تطور الحضارة وتلاءم مع

الباب السادس - مراجعة المستور والقواعد الإنتقالية.

^١ الدكتور عبدالغني البسيوني عبدانته، النظم السياسية أسس التنظيم السياسي ط ١٩٨٤ ص ١٨٨.

مصالح شعوبها، إلا بعد مراحل متعددة تتخللها كثير من أعمال العنف، انتهت في الغالب إلى ثورات دامية رفعت لواءها الشعوب في وجه النظام الملكي، وقد نبحت هذه الثورات فالت الملكية منذ بداية القرن العشرين إلى الصور الآتية:

أ- أصبح الملك في بعض البلاد مجرد رمز، كما في بريطانيا واليابان.
ب- تحولت الملكية المطلقة إلى الملكية المقيّدة أو الدستورية، كما في العراق سابقاً والأردن حالياً.

ج- هجرت الأنظمة الملكية في كثير من دول العالم وحلت محلها الأنظمة الجمهورية، كما في كثير من الدول الأوروبية.^(٣)

فانياً- رغم تطور الأنظمة الملكية بفضل الدساتير التي حددت صلاحيات الملوك وقيدت الملكية المطلقة، فإن دور الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية التي يُبنى عليها نظام الحكم الديمقراطي لا يزال ضعيفاً في النظام الملكي، إذا قورن بالنظام الجمهوري في العالم.^(٤)

ثالثاً- في ظل النظام الملكي من الصعب التوفيق بين صلاحيات الملك التي تُثبت عادة في الدساتير، وبين مقتضيات التطور الحضاري وحماية الحقوق الطبيعية والحريات العامة للشعب، وقد نبّه علماء الدستور على ما بين النظام الملكي والحكم الديمقراطي من المفارقة والتعارض، فالملكية الوراثية تحمل صاحبها على تقوية

^١ نظرية الطبيعية الإلهية للحاكم تنحى إلى أن الحاكم يكون من طبيعة الالهة، فهو لم يكن مختاراً من قبل الله، بل الإله نفسه، كما في مصر القديمة، كان ملكاً فرعون يعتبر إلهاً، ولقب في عهد الأسرتين الأولى والثانية باسم (هوريوس)، ولقب في عهد الأسرة الرابعة باسم (رع)، وقد أخذت هذه النظرية أساساً لتأسيس سلطة الحاكم في كل من الهند والصين أيضاً.

^٢ وترى نظرية الحق الإلهي أن الحاكم هو إنسان من البشر، يصطفيه الله ويودعه السلطة، فالحاكم يستمد سلطته من العناية الإلهية وحدها دون أن يتدخل أحد من البشر في اختياره، فهو يُختار من قبل الله بطريق مباشر.. يُنظر الدكتور إبراهيم عبدالعزيز شيماء، مبادئ الأنظمة السياسية- الدول، الحكومات، ص ٧٦-٧٧.

^٣ يُنظر: الدكتور عثمان خليل، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، ط ١٩٥٦، ص ٣٤٤، وما يليها. الدكتور محمد كامل ليلة: النظام السياسي، ص ١٠٨ وما يليها.

^٤ ورغم هذا التطور لا يزال الملك يحتفظ بقسبة نسبية، كما ينص على ذلك الدستور الأردني في المادة (٣٠) التي تنص على أن (الملك هو رأس الدولة وهو مصون من كل تبعة ومسؤولية).

نفوذ، عن طريق الارتباط بالجهات الأجنبية أو تغذية المنسوبية والعشائرية على حساب مصالح الطبقات الأخرى.

وأخيراً- الوراثة ليست طريقة مضمونة حتى يلي الحكم ملك صالح يملك مؤهلات تؤهله لمنصب رئاسة الدولة، وإذا ولى ملك غير مؤهل لا يستطيع أي مواطن أن يطعن بشخصيته طبقاً لنظام الوراثة، وبالتالي لا يخلص الشعب من الآثار السلبية لحكمه إلا بشوكة تقلعه، والشوكة طريق غير مأمون ونجاحها غير مضمون.^(١)

طالعياً- غياب ضمانات تطبيق الدستور والرقابة الدستورية في الأنظمة الملكية، وقد ينص الدستور على جميع الحقوق والحريات للمواطنين، لكن صلاحيات الملك تجعل هذه النصوص الدستورية مشلولة، وعلى سبيل المثال إن القانون الأساسي العراقي سابقاً لم يكن قاصراً، ولكن لم يتنص الشعب العراقي بحقوقه الدستورية، بسبب الصلاحيات الواسعة الممنوحة للملك وبسبب غياب الرقابة الدستورية.^(٢)

سافياً: النظام الملكي يقوم في أصوله الأولية على إنكار سيادة الشعب^(٣)، لأن الشعب ليس له أي دور في اختيار من يرث العرش من سلالة الملك السابق، ولأن سلطته مستمدة من الوراثة لا من الانتخاب، والملوك يعتصمون حقهم في تولي الحكم حقاً شخصياً، لذا تهتم دساتير الدول الملكية ببيان كيفية توارث العرش أكثر من اهتمامها بحقوق وحريات المواطنين، كما في المواد (٢٨-٤٠) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.

صاحباً- الوراثة ليست طريقة مضمونة لكي يلي الحكم ملك صالح يتمتع بمؤهلات تؤهله لممارسة الرئاسة، التي هي أخطر مسؤولية تتطلب شخصية تملك مؤهلات تؤهله

^١ ينظر: الدكتور سليمان محمد المطاوي، مبادئ القانون الدستوري، ص ١٩٧.

^٢ على سبيل المثال إن القانون الأساسي العراقي السابق نص في المادة (٨١) على إنشاء محكمة عليا يشمل اختصاصها مراقبة دستورية القوانين، لكن هذه المحكمة لا تجتمع إلا بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء، كما في المادة (٨٣)، ومعنى هذا أن إعمال هذا النص الدستوري مرهون بإرادة الملك. إضافة إلى ذلك فإن المحكمة في تشكيلها المبين لا تُشترط ضماناً كافياً لحماية الحقوق والحريات العامة. فطبقاً للمادة (٨٢) من الدستور، تُشكل المحكمة من ثمانية أعضاء، نصفهم ينتخبهم مجلس الأعيان والنصف الآخر يُنتخبون من حكام محكمة التمييز أو غيرهم.

^٣ لأن هذه السيادة تقدم وديعة من إلى الملك، كما في المادة (١٩) من القانون الأساسي العراقي التي تنص على أن (سيادة المملكة العراقية للمستوية للأمة وديعة الشعب للملك فيصل بن الحسين، ثم لورثته من بعده).

لتحليها، وإذا وقع ذلك فليس من المؤكد أن يبقى الملك صالحاً خلال فترة حكمه، وإذا رئي الحكم ملك غير صالح طبقاً لنظام الوراثة، لا يستطيع الشعب أن يطمئن في شخصيته، لأن من لم يشارك في انتخاب الرئيس، لا يحق له أن يوجه إليه النقد لو يطلب تبديله بمن هو أصح.

فأما- تحولت أنظمة ملكية كثيرة في العالم إلى أنظمة جمهورية دون العكس، وهذا خير دليل على أفضلية النظام الجمهوري بالنسبة للنظام الملكي.

فأما- النظام الملكي الذي مارسه الخلفاء الأمويون والعباسيون بعد تبديل النظام الجمهوري الانتخابي في عهد الخلفاء الراشدين إلى النظام الملكي الوراثي، كان في مقدمة الأسباب الرئيسة لتخلف العالم الإسلامي والعربي عن ركب الحضارة البشرية ويوجه خاص في المجال التكنولوجي وصعوبة العالم العربي والإسلامي المنزق لقمة سائفة لأعدائه وللمستعمرين والمحتلين.^(١)

هائلا- إن النظام الملكي إذا صلح لبعض البلاد، فإنه غير صالح بالنسبة للعراق مثلاً، لأن شعبه مكون من عدة قوميات وأديان وطوائف، فمن الصعب اختيار الملك من فئة معينة من هذه الفئات، لأن اختيار الملك من أي فئة يعني ترجيح كفة هذه الفئة على البقية، لأن السيطرة الفعلية من الناحية العملية تكون بيد الجهة التي ينتمي إليها الملك، لأن الملكية تنتقل عن طريق الوراثة. واستبعاد الملك من خارج العراق أمر يرفضه منطق القانون وسيادة الشعب.

مزايا النظام الملكي:

من مزايا النظام الملكي في رئي أنصاره ما يلي:

١- نظام يؤدي إلى الاستقرار في شؤون الحكم، بسبب بقاءه رئيساً للبلاد مدى حياته، الأمر الذي يمكنه من اكتساب خبرة واسعة في شؤون الدولة الداخلية وعلاقاتها الخارجية، لذا قال (جلادستون) إن الملك بعد أن يحكم عشر سنوات، يعرف عن نظام الدولة، أكثر من أي رجل آخر في المملكة.^(٢)

^١ لأن كثيراً من تسلّموا منصب الخلافة الإسلامية عن طريق الوراثة، لم يكونوا أهلاً لها المنصب، فلم ينفكوا في مصالغ الأمة.

^٢ ينظر: الدكتور محمد كامل ليلق، النظم السياسية، ص ٣١٧.

٢- يتولى الملك منصب رئاسة الدولة بالوراثة، وهي طريقة بطبيعتها هادئة تُجنب الدولة كثيراً من المنازعات والمعارك الانتخابية لرئاسة الدولة، التي قد تحدث في ظل النظام الجمهوري.

٣- إن طريقة تولي الملك لمنصب رئاسة الدولة بالوراثة، تجنبه الانحراط في أي حزب من الأحزاب، مما يكفل استقلال رئيس الدولة عن الأحزاب السياسية المتنافسة في البلاد ويُقيه فوق الأحزاب جميعها، مما يضمن التوازن بين السلطات المختلفة في الدولة، والتوليق بين جميع الاتجاهات السياسية، وتقديم النصع والتوجيه لها في إطار الصالح العام، بخلاف النظام الجمهوري الذي لا يصل فيه الرئيس إلى منصبه إلا من خلال ترشيح ودعم الأحزاب السياسية له.^(١)

ومسأوى النظام الملكي من البديهيّات التي لا يمكن إنكارها أو مناقشتها.

^١ يُنظر: الرسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدكتور نعمان أحمد الخطيب، ص ٢٠٩.

المبحث الثاني

النظام الجمهوري، محاسنها ومساوئها

الحكومة الجمهورية هي تلك الحكومة التي يصل فيها الرئيس الأعلى إلى موقعه عن طريق الانتخاب، على أن يكت في هذا المنصب المدة التي يحددها الدستور.^(١) يتميز النظام الجمهوري بمزايا تبرز ترجيحه على النظام الملكي حين الخيار بين النظامين، ويمكن تلخيصها في المزايا الآتية:

أولاً- النظام الجمهوري يضع رأس الدولة شخصاً ينتخبه الشعب أو يمثلوه، ومن الواضح أن الناخب عادة لا ينتخب إلا من يراه أكثر كفاءة وصلاً وخيراً وأهلاً لتولي الحكم في الطرف الذي يتم انتخابه فيه، حيث توجد المنافسة بين عدة أشخاص مرشحين لتسلم الرئاسة عن طريق الانتخاب، فيختار من هو أصح من بينهم. بينما السلطة في النظام الملكي مستمدة من الوراثة وينتقل العرش إلى الأقرب فالأقرب، دون معارض أو مناص، وبغض النظر عن أهليته.

ثانياً- إن رئيس الدولة في النظام الجمهوري ينتخب لمدة محددة بالدستور لمرة واحدة أو مرتين كحد أعلى.^(٢) وهذا من مستلزمات النظام الديمقراطي، لأن تحديد مدة الرئاسة تمكن الشعب من مراجعة تصرف الرئيس، فهذا يجعله حريصاً على أن تكون تصرفاته سليمة.^(٣) وإذا انتهت مدة حكمه في الانتخاب الأول وظهر صلاحيته عن طريق ما أجزه خلال فترة حكمه، فإنه قد ينتخب للمرة الثانية، إذا سمح الدستور بذلك، لإكمال ما بدأ به في المرة الأولى، وقد تمتد عن طريق البرلمان إلى المرة الثالثة إذا اتضحت المصلحة العامة ذلك.

وهذه الميزة مفقودة في النظام الملكي الذي أسسه الوراثة.

^(١) الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: النظم السياسية- أسس النظام السياسي، ص ١٨٨.

^(٢) باستثناء بعض الأنظمة الجمهورية الدكتاتورية في العالم العربي، التي هي جمهوريات صورية تحولت إلى الأنظمة الملكية الدكتاتورية من الناحية العملية. مثل العراق وليبيا ومصر وتونس سابقاً.

^(٣) الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: المرجع السابق، ص ١٨٨.

الثالث- في النظام الجمهوري يستطيع الشعب مباشرة أو عن طريق ممثليه، أن يطلب من الرئيس الاستقالة، كما حدث ذلك في أمريكا في عهد (كلنتون)، أو هو يستقيل كما حدث بالنسبة لجمال عبدالناصر، بعد تضحية الجيش المصري في حرب حزيران ١٩٦٦ مع إسرائيل.

بينما هذا غير ممكن في النظام الملكي، لأن الشعب لم ينتخبه حتى يطلب استقالته، حيث أن سلطته الملكية مستمدة من الوراثة، والوراثة ليست على الطعن والانتقاد، وغير قابلة لسحبها منه من لم يكن مسؤولاً لها.

ولهذا إذا كان الرئيس في النظام الجمهوري الجهاني غير مسؤول كملك، فإن مبدأ عدم مسؤوليته محصور في أضيق الحدود ولا يعتمد على كل حال المسؤولية السياسية، بشرط أن لا يخضع حدوده الدستورية.^(١)

خلصنا - يساعد النظام الجمهوري الدول النامية التي قطعت شرطاً كبيراً في الديمقراطية على استكمال باقي مظاهرها^(٢)، وذلك بسبب تعدد الجهات والمؤهلات والكفاءات المختلفة الأمانة من تعدد الرؤساء الذين يأتي كل واحد منهم تلو الآخر في تسلم منصب الرئاسة عن طريق الانتخاب، فاللاحق يكمل ما بدأ به السابق ويسد نقصاً كان موجوداً في حكم سلفه.

وهذه الميزة قلصت تحقق في النظام الملكي للمبني على الوراثة، لا على الصلاح والكفاءة والمهارة والأهلية.

ساحسبم يتولى رؤساء الجمهوريات مناصبهم بالانتخاب الحر، على أساس المساواة التامة بين المرشحين الذين تتوافر فيهم الشروط بمنصب رئيس الجمهورية لمدة محددة دستورياً، وتختلف المصالح في طريقة انتخاب رئيس الجمهورية، وترجع هذه الطرق إلى الثلاث الآتية:

١- الانتخاب عن طريق البرلمان^(٣)

^(١) الدكتور سليمان الطماوي: مبادئ القانون الدستوري - نشر دار الفكر العربي، ص ٢٠٠.

^(٢) المرجع السابق ص ١٩٨.

^(٣) نصت بعض الدساتير على انتخاب رئيس الجمهورية عن طريق البرلمان، سواء كان مكوناً من مجلس واحد أو مجلسين، ومن هذه الدساتير دستور الجمهورية الثالثة الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ والجمهورية الرابعة عام ١٩٤٦، والدستور السوري عام ١٩٥٠.

ينظر: الدكتور نعمان أحمد الخطيب، ص ٢٠٣.

ب- الانتخاب عن طريق الشعب.^(١)

ج- اشتراك البرلمان والشعب معاً في هذا الانتخاب.^(٢)

سابعاً- في النظام الجمهوري لا يقتصر التبدل على شخص الرئيس بعد انتهاء مدة الأول وانتخاب الثاني، بل يشمل هذا التبدل أكثر المسؤولين الذين كانوا مرشحين وسيجئ من الرئيس السابق في المناصب الحساسة، وبذلك يقتضوب أصحاب الكفاءات في تطوير البلاد في كافة المجالات، كل في حقل اختصاصه.

بينما في النظام الملكي توزع المناصب الحساسة الخطيرة على أقارب الملك غالباً، أو على من هو أكثر ولائاً للعرش، بغض النظر عن مؤهلاته.

ثامناً- في النظام الجمهوري، الشعب هو مصدر السلطة وهي من مظاهر سيادة الشعب، بينما في النظام الملكي تكون هذه السيادة للملك، لذا قيل قديماً وحديثاً أن الشعوب تصنع الملوك وتنتقم السلطات، بينما يجب أن تكون في المجتمعات الشعبية سلطة تكون محقة لكي تصح قراراتها، وهذه السلطة إما تكون من الشعب.^(٣)

خامساً- ضمانات تطبيق الدستور والرقابة الدستورية تتواءم في النظام الجمهوري بسهولة، إما عن طريق المحكمة الدستورية العليا، أو عن طريق الرقابة السياسية أو غيرها.

ولكن مجال هذه الضمانات قليل في النظام الملكي، بسبب أن هذه الضمانات قد تتعارض مع صلاحيات الملك وصياناته الوراثية التي يتمتع بها. وعلى سبيل المثال نصّت المادة (٨١)^(٤) من القانون الأساسي العراقي على إنشاء محكمة عليا يشمل

^١ وقد نصت بعض الدساتير على انتخاب رئيس الجمهورية بواسطة الشعب، سواء تم هذا الانتخاب على درجة أو درجتين (أي انتخاب مباشر أو غير مباشر)، كما في الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٩ والجزائري لعام ١٩٧٦ والمغربي لعام ١٩٩٦. المرجع السابق.

^٢ اتبعت بعض الدساتير إلى جعل انتخاب رئيس الجمهورية بيد البرلمان والشعب معاً، وذلك تجنباً لما تعرض له من الانتقادات، كل من أسلوب الشعب منفرداً أو أسلوب البرلمان منفرداً، ومن هذه النماذج دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١ للعمل ودستور الجمهورية السودانية ١٩٧٢. المرجع السابق/ ص ٢٥٠. الدكتور الطائي، المرجع السابق، ص ٢٥٩ وما يليها. الدكتور سعد حصار: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري، ص ١٣٥.

^٣ ينظر الدكتور منير الشاوي: نظرية السيادة، ص ٩٧.

الدكتور ابراهيم عبدالعزیز: مبادئ الأنظمة السياسية للدولة، الحكومات، ص ١٤٠-١٤١.

^٤ عدلت هذه المادة بالمادة (٣٥) من قانون التعديل الثاني رقم (٩٩) لسنة ١٩٤٣.

اختصاصها مراقبة دستورية القوانين، ولكن بمقتضي هذه المادة والمادة (٨٣) لا تجتمع هذه المحكمة إلا بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء، ومعنى هذا أن إعمال هذه النصوص الدستورية هو أيضاً رهن إرادة الملك.

هائلاً- في النظام الجمهوري، تتناوب كافة الشرائع في تسلّم منصب الرئاسة في ضوء المؤهلات والخبرات، بغض النظر عن عرق المنتخب ودينه واتجاهه الطائفي أو المذهبي أو الحزبي، وبذلك تُساهم كل شريحة في تطوير بلده، ولا يوجد هناك شعور بالتفاوت للبني على أساس عرقي أو ديني أو مذهبي أو حزبي، وبذلك تسود في البلد ظاهرة الديمقراطية وتتوافر السعادة لجميع أبناء الشعب.

بينما النظام الملكي يبقى محصوراً على الشريحة التي ينتمي إليها الملك.

لكن إن هذه المزايا لم تتحقق لحد الآن في أكثرية الدول العربية التي تبنت النظام الجمهوري شكلاً لا حقيقة، حيث لا نجد في الوقت الحاضر فرقاً جوهرياً بين النظام الملكي والنظام الجمهوري من حيث الثبات والاستمرار وتتبع حيل دستورية لإبقاء الرئاسة في نفس الشخص أو في أحد من أسرته.

الغاحمة

يتبين من استعراض أهم سلبيات وعيوب النظام الملكي ومزايا وإيجابيات النظام الجمهوري، أن مرجحات ومجرات ترجيح الجمهوري على الملكية واضحة، بحيث إذا كانت كل نقطة من النقاط المذكورة في الحقلين الملكي والجمهوري قابلة للنقد والاعتراض، فإنها مجموعها تشكل حجة مقنعة على أولوية وأفضلية النظام الجمهوري.

ويرى أنصار النظام الملكي أن في هذا النظام استبعاداً للنزعات الحزبية والاضطرابات السياسية، وأن الملك يكون حكماً دائماً في حل المشاكل الخلافية الداخلية، وأن السوارثين للعرش يربون تربية خاصة تؤهلهم لتولي مهام الحكم، وغير ذلك من المجرات النظرية المحضة.

وترد هذه الرؤيا لأنصار النظام الملكي بأنها من نسج الخيال، ولا يؤيدها الواقع العملي لأنظمة الملكية في الماضي والحاضر.^(١)

رَبِّ زَهْدَنِيْ عَلَمًا وَالْحَقَنِيْ بِالْصَّالِحِينَ

^١ ينظر الدكتور عثمان خليل: المرجع السابق، ص ٣٤٩-٣٥٢.

الدكتور حسن خليل: المرجع السابق / ص ١٢١-١٢٢.

الدكتور محمد كامل ليلة: النظم السياسية، ط ١٩٦٧، ص ٢٠٣ وما يليها.

الدكتور سليمان الطماوي: مبادئ القانون الدستوري، ص ١٩٦ وما يليها.

الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: النظم السياسية - أسس التنظيم السياسي، ص ١٨٨ وما يليها.

الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة والقانون

الدفاع الشرعي الخاص^(١)

ينقسم الدفاع الشرعي إلى الخاص والعام:

١- الدفاع الشرعي الخاص هو أن يكون الحق المعتدى عليه حقا خاصا كالاعتداء على نفس الشخص أو عرضه أو ماله سواء كان ذلك بالنسبة للدفاع أو غيره فعلى الانسان ان يدافع عن نفس الغير وماله وعرضه كما يدافع عن نفسه وعرضه وماله.

٢- الدفاع الشرعي العام هو ان تكون المصلحة المعتدى عليها عامة وهذا الدفاع الشرعي بالنسبة لدفع الخطر الداخلي يسمى الحسبة والامر بالمعروف والنهي عن المنكر. كما قال القرآن (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ)^(٢). واما بالنسبة لدفع الخطر الخارجي فيسمى جهادا في سبيل الله أي في سبيل المصلحة العامة. ومن الايات القرآنية الامرة بالجهاد (الدفاع الشرعي العام) قوله تعالى (وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ)^(٣) أي في سبيل المصلحة العامة الضرورية وهي مصلحة حماية الدين، وحماية الحياة، وحماية العرض، وحماية المال.

ويعتقضى الايات القرآنية الامرة بالدفاع الشرعي العام يجب على كافة المسلمين بوجه اعم والدول العربية بوجه عام والعراقيين بوجه خاص الوقوف بالدعم المادي والعنوي ضد خطر الارهاب على الشعب العراقي في الوقت الحاضر، وقد اقر القرآن الكريم في آيات متعددة حق حرية الدفاع الشرعي بتسميه العام والخاص بل اعتبر هذا الدفاع واجبا والتزام

^(١) مستل من مؤلفنا: أسباب إبادة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون، لأهميته في الحياة العملية بوجه خاص بالنسبة للقضاة ومن يمارس مهنة المحاماة.

^(٢) سورة آل عمران/١٠٤.

^(٣) سورة التوبة/٤١.

على من يتمكن من القيام به فقال سبحانه وتعالى (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ) ^(١).

وقد استعمل القرآن الكريم الدفاع الشرعي ومشتقاته في آيات كثيرة منها: قوله تعالى: (ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ السِّتَةِ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَصِفُونَ) ^(٢) أي ادفع بالحيلة الحسنة من الصفح والأعراض عنهم السيئة أي إذا هم إيالك، وقوله تعالى: (ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَبِإِذَا الَّذِي يَنْتَهِ عَنَّا وَغَدَاةً كَأَنَّه لَوِي حَبِيمٌ) ^(٣)، وقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ) ^(٤)، وقوله تعالى: (وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ) ^(٥) أي لولا أن الله يدفع الناس وهم أهل الشر والمعاصي ببعض الناس وهم من أهل الخير والطاعة والإيمان لفست الأرض، والولا

حرف امتناع لوجود فالمعنى امتنع فساد الأرض لوجود دفع الناس بعضهم ببعض.

وقوله تعالى: (الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِينِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتِنَتِ صَوَامِعُ ^(٦) وَيَبِيعُ ^(٧) وَصَلَوَاتُ ^(٨) وَمَسَاجِدُ ^(٩) يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ) ^(١٠)، الفرق بين الدفع والرفع أن الدفع

رد الشيء، قبل وقوعه والرفع هو إزالة الشيء، بعد وقوعه.

ولفظ (الشرعي) من قبيل نسبة الشيء إلى مصدر حكمه لأن شرع الله هو الذي أعطى حكم الوجوب أو الإباحة لاستعمال القوة المناسبة بغية عدم وقوع الشر المتوقع.

(١) سورة البقرة/١٩٤.

(٢) سورة المؤمنون - الآية: ٩٦.

(٣) سورة فصلت - الآية: ٣٤.

(٤) سورة الحج - الآية: ٣٨.

(٥) سورة البقرة - الآية: ٢٥١.

(٦) جمع صومعة وهي المثل المرتفع البناء في الأماكن الخالية ومكان العبادة للرهبان وقيل للصائبة.

(٧) كنائس للنصارى.

(٨) كنائس لليهود سميت بذلك لأنه يصلى فيها.

(٩) للمسلمين.

(١٠) سورة الحج - الآية: ٤٠.

والدفاع الشرعي باعتباره التكريبي هو الوقوف ضد خطر حال مشروع بوسيلة مناسبة في حالة عدم وجود من يستغيث به المعرض للخطر من سلطة عامة أو غيرها لان الدفاع في هذه الحالة غريزة طبيعية لكل كائن حي سواء كان انسانا أو حيوانا.

وقد ظل حق الدفاع حقا خاصا يمارسه الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من أبناء عشيرته أو قبيلته إلى نشوء الدولة ثم احتكرت الدولة حق الدفاع عن المحاضعين لسلطانها لنفسها باعتبارها مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فأصبح الدفاع عن كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة ولكن للفرد ممارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم امكان اللجوء اليها وقت التعرض للخطر.

وللدفاع الشرعي الخاص عناصر (أركان وشروط) يجب توافرها حتى يعتد به بصفته سببا من أسباب الاباحة، كما له مصادر لمشروعيته وذو طبيعة خاصة في حكمه وتطوره واسسه وأثاره لذا توزع دراسته على ثلاثة مباحث ينحصر الأول لعناصره، والثاني لمصادره وتكليفه وتطوره والثالث لأسسه وآثاره.

المبحث الأول

عناصر الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي عبارة عن الوقوف بوسيلة مناسبة ضد خطر حال يهدد حقاً من الحقوق التي يحميها الشرع (أو القانون).

ويعد سبباً من أسباب إباحة الأعمال الجرمية إذا توافرت عناصره وعناصر كل شيء هي ما يتوقف عليها هذا الشيء. فإذا كانت من أجزائه تسمى أركاناً والا فتسمى شروطاً. وشرط الشيء موجود قبل وجوده، ولكنه موجود حين وجوده.

أركان الدفاع الشرعي:

يؤخذ من تعريف الدفاع الشرعي أن أركانه الرئيسة ثلاثة وهي: الخطر، وحق يتعرض للخطر، ورد مناسب للخطر. ولكل ركن من هذه الأركان شروط شرعية وقانونية يجب توافرها حتى يعد من أسباب الإباحة.

شروط الركن الأول (الخطر):

يشترط فيه شروط أهمها ما يأتي:

الشروط الأول: أن يكون مصدر الخطر عملاً غير مشروع في حد ذاته والعبرة في عدم مشروعيته بوصف الفعل لا بمسؤولية الفاعل أي أن الخطر غير المشروع يجدر الدفاع بفض النظر عن أهلية مصدر الخطر وصفه ونوعه وجنسه وأهليته الجنائية، وقد اجمع فقهاء الشريعة والقانون على جواز الدفاع ضد الخطر غير المشروع سواء أكان مصدره إنساناً أم حيواناً وسواء كان الإنسان ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً مسلماً أو غير مسلم قريباً أو بعيداً بالفا عاقلاً أو عديم الأهلية (كالصغير غير المميز والمجنون ومن في حكمهما).

غير ان فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا في مساءلة المدافع مدنيا في حالة عدم اهلية مصدر الخطر.

فقال جمهورهم: المدافع لا يسأل لا جنائيا ولا مدنيا فلا يعاقب ولا يطالب بالتعويض والدية لان العبرة بوجود خطر غير مشروع يهدد حقا مشروعاً محميا (معصوما).

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) وأصحابه: بالضمان للمدني إذا كان مصدر الخطر مجنونا أو صبيا غير مميز أو من في حكمهما أو حيوانا إذا كان دفع الخطر يقتل مصدره لان فعل من لا يكون اهلا للمسؤولية الجنائية لا يوصف بأنه جريمة لعدم توافر الإرادة المعتبة في تحقق الجريمة ونساء على ذلك تجب الدية على المدافع إذا قتل للمعتدى المجنون أو الصبي غير للميز وتجب قيمة الحيوان المعتدي لصاحبه إذا قتله دفاعا عن النفس.

وفرق أبو يوسف (رحمه الله) بين الحيوان والانسان عديم الاهلية فقال بضمان قيمة الحيوان إذا قتله المدافع دون ضمان عديم الاهلية^(١) والذي أرجحه هو رأي جمهور فقهاء الشريعة لان الاعتداء في حد ذاته جريمة بغض النظر عن مصدره ولا يفقد الصفة الجرمية بعدم اهلية المعتدى.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالا: ويعتبر حالا في إحدى الحالتين التاليتين:

أحدهما: ان يوشك ان يقع ولم يقع بعد ولكن يكون وقوعه متوقعا في الظن الغالب للمدافع بأن كان هناك دلائل معقولة وقرائن موضوعية تدل على ان المعتدي سينفذ عدوانه وغلب على فنه انه إذا لم يتدألك هذا الخطر وقع عليه.

الحالة الثانية: هي ان يقع بالفعل وظل مستمرا ولم ينته بعد وفي هذه الحالة يكون للدفاع دور وقائي لايقاف استمرار الخطر كأن يرميه المعتدي (الصائل) بطلقة نارية ولم تصبه فيحاول رميه بطلقة ثانية أو يدخل السارق وهو ينوي الاعتداء على حياته أو ماله أو عرضه ففي هذه الحالة لصاحب الدار أو من هو حاضر فيها ان يلجأ إلى دفع الخطر بوسيلة يتوقف عليها الدفع^(٢).

(١) ينظر: تكملة البحر الرائق: ٣٤٨/٨. وورد المختار لابن عابدين (محمد امين) ٤٨٢/٥.

(٢) ينظر في المراجع الفقهية: الفراقي/ المرجع السابق: ١/١٨٤، ٢٣٧/٤، الأنوار للعلامة يوسف الأردبيلي الشافعي: ٣٤٣/٢.

الشرط الثالث: ان تكون ارادة المعتدي (الصائل) جديّة للعُدوان مع امكان وقوع الخطر على الظن الغالب للمدافع بناء على اسباب معقولة وليس له الدفاع إذا وجد المقابل هازلا مازحا أو كان جديا ولكن لا يمكن وقوعه لوجود ما يحول دونه بان يقصد من وراء حائط أو حائل أو نهر، أو حصن، أو نحو ذلك.

الشرط الرابع: ان يكون الخطر حقيقيا: بان كان قائما في الواقع ونفس الأمر في ذهن المدافع على الأقل بان يغلب ظنه على انه امام خطر جدي وشيك الوقوع سواء كان ظنه مطابقا للواقع أولا على ان يكون هناك اسباب معقولة تعزز هذا الظن الغالب البين خطره، وهو يرفع المسؤولية الجزائية دون المدنية استنادا إلى قوله تعالى (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)^(١) وقال الرسول ﷺ: (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٢) أي رفعت المزاخنة والمساءلة الجزائية في حالات ارتكاب الجرائم تحت تأثير الخطأ أو النسيان أو الإكراه.

مقياس الخطر الحقيقي:

من الواضح ان المقياس في الأصل شخصي (ذاتي) اضافة إلى المعايير المادية (الموضوعية) كالفرائد ووجه كونه شخصيا هو ان المدافع يغلب على ظنه ان هناك خطرا يمس مصلحة مشروعة يحميها الشرع (أو القانون) فلا يكفي الوهم الذي هو الطرف المرجوح للظن الذي هو الطرف الراجح ومن باب أولى انه لا يكفي الشك الذي هو التردد بين الوجود والعدم على حد سواء دون ترجيح كفة احدهما على الآخر.

لذلك لا يشترط اليقين الذي هو الاعتقاد الجازم الثابت للطابق للواقع لانه قصة الادراك فاشترطه قد يعطى بحق الدفاع الشرعي لكن يجب على القاضي ان يأخذ بنظر الاعتبار سن المدافع وجنسه ودرجة ادراكه وقوة اعصابه كما عليه ان لا يهمل اعتبار الظروف الموضوعية للواقع ليلا أو نهارا داخل المدينة أو خارجها.

(١) (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ اقْنَطُ عَنْهُ اللَّهُ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَمَا جَزَأَكُمْ فِي الدِّينِ وَنِسَائِكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا) الاحزاب: ٥

(٢) سنن ابن ماجه ، ج١ ص ٦٥٩ ، رقم ٢٠٤٣ ، و سنن البيهقي الكبرى ، ج٦ ، ص ٨٤ ، رقم ١١٢٣٦ ،
مراد الطحان ، ج١ ، ص ٢٦٠ ، رقم ١٤٩٧

الشروط الخامس؛ عدم مشروعية الخطر: يشترط في الخطر الذي يبرر الدفاع ان لا يكون هذا الخطر مشروعاً وبناء على ذلك لا يحق لمن صدر عليه الحكم بعقوبة ان يقف ضد تنفيذها بحجة تعرضه لخطر الاعداء أو سلب حريته أو نحو ذلك لان تنفيذ الحكم مشروع يجب الخضوع له.

وكذلك ليس للجندي الذي يؤمر بان يتقدم للخط الامامي في المعركة للوقوف ضد اعتداء المعتدي الامتناع وعصيان الامر لان هذا التقدم واجب عليه فلا يحق له ان يمتنع بان يتعرض لخطر القتل أو الاسر أو نحو ذلك وليس للشرطي المأمور بالاعتحام مكان اختفى فيه الهارب من العدالة ان يمتنع عن هذا الاعتحام بحجة تعرضه للخطر لان هذا العمل واجب عليه بحكم وظيفته.

الشروط السادس؛ أن لا يزول الخطر^(١) قبل البدء بالدفاع.

ويعتبر الخطر زائلاً في إحدى الحالات الآتية:

أ - مقاومته من المدافع بفعل مشروع إذا قام بعمل مشروع أدى إلى شلل الاعتداء فليس له ان يستمر بل عليه ان يكتفي بهذا القدر لان الخطر قد زال.

ب - تراجع المعتدى بعد تصميمه على ارتكاب العدوان وذلك بدافع ارادي كما في جريمة الشروع إذا كف نفسه عن العمل بإرادته واختياره.

ت - هرب المعتدي قبل تنفيذ جرمته فلا يجوز للمدافع ان يتبعه بدافع الدفاع ولا بأس إذا كان لغرض القاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة.

ث - عجز المعتدي عن تنفيذ اعتدائه لأسباب خارجة عن إرادته.

ج - تمكن المعتدى عليه من الهروب لاجل الخلاص من شر المعتدي بدلاً من اللجوء إلى استخدام وسيلة الدفاع.

وجدير بالذكر ان المدافع في حالة الدفاع الشرعي لا يكلف لا شرعاً ولا قانوناً بالهروب لانه مشين يدل على الجبن لكن إذا كان للمعتدي ذا صلة قريبة به كان يكون أباً أو أما أو أخاً أو أختاً أو أحد الزوجين يفضل الهروب على الدفاع لانه في هذه الحالة عمل محبذ لاستبعاد المضاعفات السلبية والندم في وقت لا يفيد الندم.

(١) لا يجوز الدفاع إذا كان خطر الاعتداء قد انقضى فإذا نفذ الجريمة وانتهى لا يجوز متابعتها الا لاقاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة وكذا السارق مثلاً إذا ألقى المسروقات وعاد إلى الفرار فلا محل للدفاع خوفاً من وقوعه فلا مبرر للإباحة. ينظر القلي المرجع السابق ص ٣٢٠.

الشرط السابع: ان لا يكون الاعتداء ناشئا عن تقصير المعتدى عليه:

كاستفزازه للمعتدي أو بدله للمعدوان أو أي سبب آخر يصدر من المعتدى عليه ويدفع المعتدى إلى اعتدائه.

وبناء على ذلك لا تعتبر مقاومة الزوجة الزانية وشريكها ضد الزوج الناري قتلها أو قتل أحدهما^(١) دفاعا شرعيا.

الشرط الثامن: ان يكون الاعتداء جرمية:

وهذا الشرط يختلف فيه ومن الواضح ان اعتداء الحيوان على الانسان لا يوصف بأنه جريمة بخلاف اعتداء المجنون ومن في حكمه.

والمنطق القانوني يقتضي عدم الأخذ بهذا الشرط لان الحكمة من الدفاع الشرعي دفع خطر يهدد مصلحة أو (حقا) يحمي القانون وهذا الحكمة متوفرة في حالة كون المعتدي حيوانا.

شروط الركن الثاني: (الحق محل الاعتداء) ويشترط فيه:

ان يكون من الحقوق المحمية شرعا وقانونا كالدين والحياة والعرض والمال ونحو ذلك مما يقره القانون ويحميه.

وبناء على ذلك ليس للصيدلاني مقاومة اطلاق ادويته إذا كانت فاسدة أو أصبحت غير صالحة للاستعمال وليس للتاجر الدفاع عن اطلاق أو مصادرة المواد الغذائية غير الصالحة. ولا للمحتكر ان يدافع عن امواله المحتكرة إذا عرضتها السلطة العامة للبيع بسعر السرقة وليس للمهرب ان يدافع عن الاموال المهربة بطريقة غير مشروعة إذا ارادت السلطة العامة مصادرتها وغير ذلك من الحقوق التي لا يقرها الشرع أو القانون وبالتالي لا يحميها.

شروط الركن الثالث: (دفع الاعتداء):

لا يشترط في هذا الركن ان يكون المدافع صاحب المصلحة المحمية في الشرع أو القانون والمعرضة لخطر الاعتداء بل الدفاع مباح وقد يكون واجبا عن مصلحته ومصلحة غيره رغم

(١) المرجع السابق ص ٣١٩.

عدم وجود أية علاقة مع هذا الغير بقرابة أو زواج أو زمانة أو صداقة أو نحو ذلك فعلى كل انسان متمكن ان يدافع عن حق الغير إذا تعرض للخطر.

ولا يعتد برضاء المعتدى عليه بالاعتداء إذا كان هذا الرضا مخالفا للنظام العام والآداب فإذا مكنت امرأة متزوجة أو غير متزوجة نفسها لشخص يعاشرها جنسيا فعلى كل من يعلم ذلك ان يقوم بعمل الدفاع ضد وقوع تلك الفاحشة لأنها اعتداء على قيم وأخلاق المجتمع.

وكذلك لا يعتد برضاء المريض إذا أعطى الاذن للطبيب بأن ينهي حياته قتلما من مرضه وآلامه الذي لا يرجى شفاؤه لان هذا الاذن بمثابة الانتحار وهو محرم باتفاق الشرائع والقوانين ومن اهم شروط دفع الاعتداء ما يأتي:

١- ان يكون استعمال القوة لدفع الاعتداء ضروريا ولازما وجديرا بالذكر انه لا يوجد معيار موضوعي للتمييز بين ما هو لازم وغير لازم بل هذا الموضوع متوك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إذا حصل فيه الخلاف وبالتالي لا يوضع لرقابة سلطة قضائية عليا.

ومعيار القوة اللازمة شخصي لذا تختلف باختلاف حجم الاعتداء وشخص المعتدى والمعتدى عليه من كونه ذكرا أو انثى صغيرا أو كبيرا إضافة إلى ذلك فان حجم هذه القوة يتأثر بتأثير ظروف الاعتداء فظروف الليل يختلف عن النهار وظروف العمران يختلف عن خارجه وهكذا...والمهم ان يكون تقدير المدافع مبنيا على أسباب معقولة مقبولة.

٢- ان تكون القوة المستعملة في الدفاع هي الوسيلة الوحيدة لبلوغ غاية دفع الخطر وبناء على ذلك ليس لحق الدفاع الشرعي وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة بأن يكون لدى المدافع وقت كاف للاستعانة بها.

وكما ذكرنا في بعض الحالات من المفضل اللجوء إلى الهرب بدلا من استخدام القوة وبوجه خاص إذا كان المهاجم حيوانا أو انسانا عديم التمييز كالمجنون أو أحد الأقارب أو أحد الزوجين.

٣- ان تكون الوسيلة المستعملة في الدفاع الشرعي مناسبة لخطورة الاعتداء. وفي الفقه الشافعي لا يشترط تماثل الوسيلة إذا توقف الدفع على وسيلة دفاعية وحيدة

مخافة تكون أخطر من وسيلة الاعتداء، فقالوا: لو كان الصائل يندفع بالسرور أو العصا والرمح عليه لا يجد إلا السيف فالصحيح أن له الضرب به لأنه لا يمكنه الدفع إلا به^(١).

وفي الفقه الأصمعي: للإنسان أن يدفع عن نفسه وحرمة وماله ما استطاع ويجب اعتصام الأسهل، والتجاوز يتحقق إذا استعمل القدر الجسيم من القوة مع كفاية القدر اليسير لمقاومة الاعتداء، ولكن لا يلزم المدافع بهذا القدر اليسير إلا إذا استطاع به مقاومة الاعتداء^(٢)، وهذا الكلام في معناه لا يختلف مع الشافعية.

وفي الفقه الزيني: يجب في المرافقة تقديم الأخف فالأخف فأن عدل إلى الأشد وهو يندفع بالأخف ضمن^(٣).

وقد نص القرآن الكريم على المساواة بين خطر الاعتداء وخطر دفع هذا الاعتداء، فقال سبحانه وتعالى: (من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)، وأكد التقييد بهذه المثلية بقوله: (واتقوا الله) ثم عليكم خوف عقاب الله في حالة التجاوز عن الحدود المطلوبة لدفع الخطر ثم جاء بتأكيد ثان في نفس الآية بقوله (أن الله مع المستقين) ثم الذين يخافون من الله ولا يتجاوزون حدوده ونصت م ٤٥ من قانون العقوبات العراقي القائم على أنه لا يبيح حق الدفاع الشرعي أحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع.

تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

كما ذكرنا انفا أن التناسب بين الاعتداء والدفاع شرط أساس لمشروعية الدفاع الشرعي ويكون الرد غير مناسب إذا زاد عن القدر اللازم لدفع الاعتداء^(٤).

(١) صفني المحتاج للطهري: ١٩٩/٤.

(٢) فرائع الإسلام للحلي: ١٨٩/٤.

(٣) البحر الزخار للامام احمد بن يحيى: ٢٦٩/٥.

(٤) من القرارات التمييزية لهيئة التمييز القرار رقم ٣١١ جنابات ٩٧١ في ١٩٧١/٣/٢ (أن قرار تمييز المجلس وفق م ٤٠٦ من قانون العقوبات موافق للقانون لذا قرر تصديقه. وما أن الواضح من جريان التحقيق والمحاكمة أن الحادث واقع من تجاوز الدفاع لذا كان على المحكمة الكبرى أن تراعي هذه الجهة وتصدر قرارها بالمعقبة بجلالة م ٤٥ من نفس القانون نقلاً عن المحامي حسن ناجي الاحكام العامة ص ٢٦١.

التجاوز في حدود الدفاع الشرعي يفترض توفر كل شروط الدفاع ما عدا شرط فقدان التناسب إثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث المسؤولية الجزائية ولتحديد مسؤولية التجاوز يجب التمييز بين الحالات الثلاث الآتية:

- ١- تجاوز حدود الدفاع الشرعي همدا بأن يقصد استعمل قوة تزيد على الحد اللازم لدفع خطر الاعتداء، مع استطاعة دفعه بأقل كأن يكون بإمكانه الدفع بغير القتل الذي ارتكبه المدافع ومن الواضح أن الجريمة في هذه الحالة تكون عمدية.
- ٢- التجاوز احمالاً: ويعتبر احمالاً إذا لم يستطع المدافع تقديم جسيمة الخطر الذي يهدده احمالاً منه فاستعمل قوة تزيد على ما يقتضي دفعه كما لو كان الاعتداء احمالاً بعضاً أو آلة أخرى غير جارية جراحاً بالغة ورغم ذلك لم يهدد جسيمة خطر الاعتداء، فاستعمل الوسيلة الميمنة، ويعتبر المدافع في هذه الحالة مرتكباً جريمة غير عمدية.

- ٣- تجاوز حدود الدفاع الشرعي خطأ كأن اعتقد أنه في حالة الدفاع الشرعي وهو خاطي. في هذا الاعتقاد، وكما لو ظن أن هنالك خطراً يهدده بالقتل لسارع إلى قتل مصدر هذا الخطر المظنون فلما خاطئاً غير مبني على أسباب معقولة..

وجدير بالذكر أن الظن الخاطي. يعتد به إذا كان مبنيًا على أسباب معقولة .

أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث العقوبة:

للمدافع يسأل مسؤولية جزائية عن جريمة عمدية في الحالة الأولى وعن جريمة غير عمدية في الحالتين الثانية والثالثة المذكورتين غير أن القانون في الحالات الثلاث أعطى لقاضي الموضوع سلطة تقديرية فاجاز له الحكم بالعقوبة المقررة إذا كان التجاوز كبيراً كما اجاز له تخفيف العقوبة بأن يعاقب بعقوبة جنحة إذا كان الفعل جنائياً، وعقوبة مخالفة إذا كان جنحة^(١) وعذر التخفيف عذر قانوني اقرته (م ٤٥) وغرلت المحكمة أن تستبدل عقوبة أخف بالعقوبة المقررة.

(١) الجنائية جريمة معاقب عليها بأحدى العقوبات الثلاث التالية:الاعدام، والسجن المؤبد، والسجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة(٢٥) الجنحة:جريمة معاقب عليها بأحدى العقوبات الثلاث: الحبس الشديد والبسيط أكثر من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات (٢٦). المخالفة جريمة معاقب عليها بأحدى العقوبات الثلاث: الحبس البسيط (٢٤) ساحة إلى ثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد مقدارها عن ثلاثين ديناراً (٢٧م).

والتخفيف ليس امرا ملزما للمحكمة^(١) كما انه ظرف قضائي وفق (م١٣٤) عقوبات لان التجاوز في ظرف حالة الدفاع، وظرف الدفاع، ذو طبيعة ازدواجية فهو عنصر قانوني يخلف كما نصت عليه (م٤٥)، وظرف قضائي يخلف لان تخفيف العقوبة بالحدود التي حددها نص (م٤٥) امر جوازي للمحكمة ان تحكم به او لا تحكم به مراعية في ذلك ظروف كل حالة بمفردها.

الرقابة القضائية على توافر حالة الدفاع الشرعي وتجاوز حدوده:

لا تملك محكمة التمييز الرقابة على استخلاص الوقائع والظروف التي يستنتج منها وجود حالة الدفاع الشرعي لانه امر يتعلق بالوقائع ويدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية، ولا على ما يستنتجه قاضي الموضوع من الظروف والوقائع فيما يعده تجاوز الحدود الدفاع الشرعي فعلى محكمة الموضوع ان تبين في حكمها الظروف والوقائع التي استنتج منها وجود الدفاع الشرعي وتجاوز للدافع عن حدوده ليتسنى لمحكمة التمييز ان تراقب إذا كانت تلك الاركان والشروط متوافرة أولا^(٢).

(١) كما هو الشأن في الظروف القضائية المخففة المنصوص عليها في (م١٣٢) عقوبات.

(٢) الاستاذ محسن ناجي المرجع السابق، ص ٢٦٤.

المبحث الثاني

مصادر الدفاع الشرعي، تكييفه، تطوره

أولاً- مصادر الدفاع الشرعي:

في الشريعة الإسلامية مصادر مشروعية الدفاع الشرعي: القرآن، والسنة النبوية، والإجماع، والعقل السليم:

١. القرآن الكريم:

وردت فيه آيات كثيرة تدل دلالة واضحة صريحة على مشروعية الدفاع الشرعي وبالتالي على كونه من أسباب الإباحة ومن تلك الآيات قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله إن الله مع المتقين)^(١).

قوله تعالى: (فاعتدوا) أمر وكل أمر للوجوب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك والمراد بالاعتداء هنا الدفاع الشرعي سمي به رعاية للجناس من الناحية البلاغية لأن عمل الصائل يسمى اعتداء. ورده سمي به أيضاً للرعاية المذكورة نظير قوله تعالى: (جزاء سيئة سيئة مثلها)^(٢) وقوله تعالى: (واتقوا الله) أمر بالتقيد بالمشلية وعدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي أي خافوا من الله ومن عقابه على كل تجاوز عن القدر اللازم لرد الاعتداء وأكد مرة أخرى ذلك بقوله: (إن الله مع المتقين) أي مع الذين يتقون ويحافظون من ربهم ويلتزمون بالقدر الضروري اللازم لدفع الاعتداء..

(١) سورة البقرة - الآية: ١٩٤.

(٢) سورة الشورى - الآية: ٤٠.

٢- السنة النبوية:

أكد الرسول صلى الله عليه وسلم ما جاء في القرآن الكريم فيما يتعلق ببرد العدوان والتقليد بمحدوده في احاديث كثيرة منها:

قوله: (من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون اهله فهو شهيد)^(١).

وقوله: (من قتل دون مظلمة فهو شهيد)^(٢)، وقوله (من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر)^(٣) أي وضعه في موضع يريد به القتل وضرب الناس بغير حق.

وقوله: (النصر أخاك ظالماً أو مظلوماً قالوا: يا رسول الله هذا ننصره مظلوماً فكيف ننصره ظالماً؟ قال تأخذ فوق يده)^(٤) أي تمنحه من الظلم وقد جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (يا رسول الله أرأيت^(٥) ان جاء رجل يريد اخذ مالي، قال: فلا تعطه مالك، قال: لرأيت ان قاتلني؟، قال: اقلته، قال: أرأيت ان قتلني؟ قال: فأنت شهيد قال: أرأيت ان قتلته؟ قال هو في النار)^(٦)

٣- الإجماع:

أجمع فقهاء الشريعة على مشروعية الدفاع الشرعي استناداً إلى القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع في هذه الحالة ليس مصدراً وإنما هو تأكيد لما في القرآن والسنة النبوية فلا ينطبق عليه تعريف علماء أصول الفقه للإجماع^(٧).

(١) رواه الترمذي عن سعيد بن زيد وقال حديث حسن صحيح، ينظر جامع الترمذي: ٦٨١/٤ رقم الحديث

(٢) (١٤٤٠)، وينظر تسنن أبي داود بشرح ابن المنبر: ١٢١/٣.

(٣) سنن النسائي ١١٧/٧ رقم الحديث (٤٠٩١).

(٤) مسلم بشرح النووي: ١٦٣/٣.

(٥) رواه البخاري بشرح فتح الباري: ١٨٥/١٢ ورواه مسلم بشرح النووي ١٥٩/١ - ١٦٠ رقم الحديث

(٦) (٤٠٩٧).

(٧) أي اخبرني عن حكمه.

(٨) سنن النسائي بشرح السيوطي: ١١٧/٧.

(٩) حيث عرفه بأنه اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي اجتهادي. ومن الواضح ان حكم الدفاع الشرعي ليس اجتهادياً لانه منصوص عليه ولا اجتهاد في مورد النص.

٤- العقل السليم:

فالعقل السليم يقضي بصحة كل ما ورد في القرآن والسنة النبوية ثم أن من مقتضى العقل السليم أن لا يتوكل المعتدي عليه تحت رحمة المعتدي بدون دفاع إلى أن يستعين بالسلطة العامة أو يتحمل أذى الاعتداء.

وبناء على ذلك اعتبار الدفاع الشرعي حقا أو واجبا وسببا من اسباب الإباحة عمل مقبول ومعقول بمقتضى العقل السليم.

مصادره في القانون تنحصر في قوانين العقوبات والتشريعات الجزائية .

ثالثه تكييف الدفاع الشرعي:

تكييف كل مصطلح هو تحديد صفته الشرعية أو القانونية من حيث الطبيعة والمراد بالتكييف هنا حكمه الشرعي أو القانوني بالنسبة للمدافع. وقد اختلف فيه الفقهاء^(١):

أ - فمنهم من قال انه واجب مطلقا.

ب - ومنهم من يرى انه حق مطلقا.

ت - ومنهم من ذهب إلى التفصيل فقال: الدفاع عن العرض واجب وعن غيره حق فمن حاول الاعتداء على العرض فعلى كل متمكن دفع انجاز هذه المحاولة سواء كان المعرض لخطر الاعتداء عرضه أو عرض غيره.

ث - وأكثر الفقهاء قالوا: الدفاع عن المال حق وعن غيره واجب والراجع انه واجب مطلقا بالنسبة لغير المال اما بالنسبة اليه فاذا كان المال مهما في ذاته أو بالنسبة لصاحبه فهو أيضا له حكم غيره من الوجوب والا فليس بواجب لا على صاحبه ولا على غيره لان المال يعوض بخلاف غيره.

ج - وكان الاتجاه المسيحي المتأثر به بعض القوانين ذاهبا إلى تكييفه بأنه عذر لا يبرر الفعل الجرمي المستعمل في الدفاع الشرعي من صفته الجرمية ولكنه مانع من العقاب فمن دافع عن نفسه أو عرضه أو ماله بفعل يكون جريمة في أصله فعليه أن

(١) ينظر ابن عابدين في الفقه الحنفي: ٣٨٢/٥. والمهذب في الفقه الشافعي: ٢٢٤/٢. والمعنى في الفقه الحنبلي: ٣٥٤/١٠.

يستغفر ويتوب إلى الله من ذنبه وكان على المدافع ان يلجأ إلى الهرب من المعتدي إذا استطاع وكان الهرب سبيلا للنجاة.

ورغم ذلك قالوا: ان على المرء ان يدافع عن حق غيره كما يدافع عن حق نفسه، وسرت هذه الفكرة الكنسية في تكييف الدفاع الشرعي بأنه عذر ممانع من العقاب وليس من اسباب الاباحة إلى التشريع الفرنسي في عهده القديم، فالتقاتل دفاعا عن نفسه لم يكن يعتبر في حل مما اتاه بحكم القانون بل كان عليه ان يلتصم الصفع من الملك فعليه ان يقدم التماسا حاسرا الرأس جاثيا على ركبتيه ويأوى إلى السجن حتى يصدر الأمر بالعقوبة، غير ان التماس العفو لم يكن ليرفض ما دام يتبين أن هناك ضرورة الدفاع عن الحياة وقد عدل عن هذه الفكرة المشرع الفرنسي بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وعاد إلى الفكرة السابقة في القانون الروماني واعتبر الدفاع حقا ومن اسباب الاباحة في قانون العقوبات الصادر عام ١٨١٠م ونص على ذلك المادة (٣٢٨) منه في باب القتل والجرح وانتقل ذلك إلى القانون المصري^(١)

ثالثه التطور التاريخي للدفاع الشرعي:

الدفاع ضد الاعتداء غريزة طبيعية لكل كائن حي متحرك بالإرادة سواء أكان انسانا ام حيوانا

وبعد الدفاع اقدم سبب من اسباب الاباحة طبيعة وعرفا وقانونا لكن مر بتطور يمكن ايجازه في الاتي:-

بدأ حق الدفاع الشرعي خاصا بمارسه الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من ابناء عشيرته أو قبيلته وظل على هذا النمط إلى نشوء الدولة حيث احتكرت بعد نشأتها حق الدفاع عن الافراد الحاضرين لها لنفسها باعتباره مظهرا من مظاهر سيادتها وبذلك اصبح كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة لكن للفرد ممارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم امكان اللجوء اليها.

ومن هذا الواقع نشأ الدفاع الشرعي أولا حقا طبيعيا لكل فرد ان يمارسه بحريته ثم خضع للقانون من حيث التنظيم وليادة الدولة من حيث التنفيذ.

(١) الاستاذ القلبي المرجع السابق، ص ٣٠٣.

وقد اخذ الدفاع الشرعي خلال مروره بالتطور طابع الافراط والتفريط^(١) ويبدو الافراط والسماح للاعدود في استخدام العنف والقوة بدون قيد أو شرط واضحا في القانون الروماني حين كان الدفاع الشرعي يعد حقا طبيعيا منحه القانون الطبيعي للمعتدى عليه دون ان يضعه لشروط أو قيود.

ويتجلى هذا الاطلاق والافراط في قول مارس توليوس الكاتب السياسي الروماني الشهير به (شيشرون) ١٠٦ - ٤٣ ق م : (لا صوت للقانون في معترك السلاح).

كما ان التفريط واضح في التعاليم المسيحية التي كادت تمحي من الوجود المصلحة الشرعية للدفاع الشرعي ومرد ذلك إلى ان هذه التعاليم جاءت كرد فعل لما كانت يسود الدفاع الشرعي من القسوة ودوح الانتقام ومقابلة الشر بشر أكثر قسوة واشد خطورة ومن الشواهد على طابع التفريط للدفاع في ضوء تلك التعاليم ما جاء في العهد الجديد (انجيل متى)^(٢) مما نصه:

(ولما أنا فاقول لكم لا تقاوموا الشر بل من لطمك على خدك الايمن فحول له الاخر، ومن اراد ان يخلصك ويأخذ ثوبك فأترك له الرداء أيضا ومن سخرك ميلا واحدا فاذهب معه اثنين)

وفي البيئة العربية^(٣) كان الدفاع الشرعي في المجتمع العربي - كأي مجتمع اخر بدائي - يتمثل في غريزة الشار والانتقام من المعتدى أو من ينتمي إلى عشيرة المعتدى أو قبيلته ولم يكن هنالك دفاع شرعي بمفهومه الصحيح، فاذا أعتدى فرد من عشيرة أو قبيلة على اخر من عشيرة اخرى أو قبيلة اخرى يتم رد هذا الاعتداء بدافع الشار والانتقام من شخص المعتدى عليه أو من آخر ذي صلة به كما ذكرنا، وحيانا كان اعتداء فرد على اخر يؤدي إلى مضاعفات سلبية بل إلى حروب مستمرة سنوات بين قبيلة المعتدي وقبيلة المعتدى عليه.

ثم بعد مرور زمن تطورت فكرة الشار والانتقام العشائني إلى فكرة تسليم الجاني لعشيرة أو قبيلة المجني عليه فإن شأوا استعبدوه وإن شأوا قتلوه فاذا جعلوه عبدا يفقد شخصيته

^(١) الافراط التجاوز عن الحد من جانب الزيادة والتفريط التقصير والتجاوز عن الحد من جانب النقصان.

^(٢) الاصحاح الخامس (٤١، ٣٩).

^(٣) فلسفة وتاريخ القانون الجنائي الاستاذ الدكتور علي راشد محاضرات الدراسات العليا في القانون المطبوعة على الرونيومر ٥١.

القانونية ويصبح جزءاً من ممتلكات سيده كأني مال منقول يباع ويشتري وكان كل ما يكسبه في حياته ملكاً لسيده لأنه لم يكن اهلاً للملك.

ثم تطورت فكرة التسليم إلى نظرية الدية التي تدفع من الجاني لو عشيته لولي الدم وأسر المجني عليه، ثم جاء الإسلام فحدد الدفاع الشرعي وبين أركانه وشروطه وأحكامه وهذب نظام القصاص والدية تهذيباً يحمي كرامة الإنسان وشخصيته ويمنع التجاوز على الجاني وعلى غيره وأقر مبدأ شخصية الجريمة ومبدأ شخصية العقوبة في آيات منها قوله تعالى: (فَمَنْ أَهْتَنَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اهْتَنَى عَلَيْكُمْ) ومنها قوله تعالى: (وَلَا تَجِدُ أَوْدَةً وَبَذَّ أُخْرَى) ^(١) ومنها قوله: (ومن قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً) ^(٢).

وهكذا هناك نصوص في القرآن الكريم والسنة النبوية تحمي حياة الإنسان وعرضه وماله وتحرم الاعتداء عليه بغير حق.

المبحث الثالث

أساس الدفاع الشرعي وأثاره

أساس كل شيء ما يبنى عليه غيره وأساس الدفاع الشرعي ليس مصدره ولا عناصره وإنما هو للمجرد الفلسفي لمشروعيته وبالتالي جعله سبباً من أسباب قبول الفعل الجرمي إلى فعل مباح بتجريد من صفته الجرمية وإخراجه من كونه مشمولاً بالنقص الشرعي الذي جرمه بناء على قاعدة تخصيص العام أو تقييد المطلق.

وقد وردت عدة نظريات بشأن تحديد أساس الدفاع الشرعي ولا تخلو كل واحدة منها من عيب أو نقص أو عدم أصابة للواقع والحقيقة ومحاول أن نستعرض أشهر وأهم تلك النظريات بإيجاز فيما يأتي: -

(١) سورة الانعام/١٦٤.

(٢) سورة المائدة/٣٢.

أولاً نظرية الإكراه المعنوي^(١) :

مضمونها ان الدفاع الشرعي يستند إلى اعتبارات شخصية مستمدة من نفسية المعتدى عليه وتأثره بضغط غير مشروع من شخص آخر يولد خوفاً و رهبة في قلبه وبالتالي يدفعه إلى ما لا يرغب فيه في حالة عدم وجود الإكراه.

ويعتبر ما يقدم عليه المدافع ضد المعتدي ناشئاً عن حالة الرعب التي تصيبه ومن مقتضيات الغريزة اللا رادية فلا مجال لمسؤوليته ما دام لم يرتكب الجريمة باختياره وإنما هو مكروه وصوبق إلى ارتكابها فلا حول له ولا قوة فعلة لا يستند إلى الخطأ الذي هو من أهم لركان المسؤولية وقد مال إلى هذا الاتجاه كثير من كتاب العصر الحديث في ألمانيا^(٢) وتتخذ هذه النظرية من أوجه متعددة منها:

١- أن للدافع يأتي ما يأتيه باختياره وإرادته الحرة وإدراكه الواعي وهو تمالك لكل قواه العقلية والبدنية حين يقرر مدى خطورة الاعتداء. ويختار لدفعها الوسيلة المناسبة رغم ضيق مجال اختياره.

٢- الإكراه سواء كان معنوياً أو مادياً في حد ذاته مانع من موانع المسؤولية الجزائية وموانع المسؤولية الجزائية أهم مطلقاً من سبب الإباحة فكيف يعتبر أساساً لإباحة الدفاع الشرعي وتجريد الفعل من صفته الجرمية وبالتالي إلى رفع المسؤولية الجزائية والمدنية؟

٣- وإذا سلمنا جدلاً ان الأساس هو الإكراه في حالة الدفاع الشرعي عن حياته وعرضه أو ماله فكيف يصلح أساساً في حالة الدفاع عن حق الغير مع انه في هذه الحالة يتطوع باختياره وإرادته الحرة للقيام بهذا الدفاع.

٤- الأخذ بهذه النظرية يستلزم عدم مساءلة المتهم الهارب عن العدالة عن مقاومته ضد من يريد النكا. القبض عليه من السلطة العامة لانه في هذه الحالة يحيد نفسه مكروهاً على مقاومته بمقتضى غريزته فيلقوم ما ليس في مصلحته.

وبناء على هذه الانتقادات والملاحظات لا يصلح الإكراه ان يكون أساساً للدفاع الشرعي.

(١) وهو ما يسمى الإكراه الملجئ في الفقه الاسلامي.

(٢) الأستاذ الدكتور محمد مصطفى القلبي في المسؤولية الجنائية ص ٣٠٥.

ثانيه نظرية مجازاة الشر بالشر:

مضمون هذه النظرية هو ان ما يقوم به المدافع عمل اجرامي به يدفع جرم المعتدي فهو يشبه للقاصه في الديون والالتزامات المدنية فالأساس مقاصه بين شر المعتدي وشر المعتدي عليه وإذا سقط بالمقاصه والمجازاة فلا يبقى مجرد لمساءلة المدافع فجاء الشر بالشر لا يترتب عليه الجزاء العقابي ولا الجزاء المدني وبالتالي لا توجه إلى المدافع المسؤولية الجنائية ولا المسؤولية المدنية.

وناقش هذا الأساس من أوجه متعددة منها ما يأتي:

- ١- أن المقاصه تتطلب مساواة طرفيها، وهذه المساواة لا تتحقق في الدفاع الشرعي عندما يكون شر المعتدي مجرد تهديد بخطر حال وشر المعتدي عليه قد يكون قتلًا.
- ٢- خلط هذا الرأي بين الدفاع الشرعي وحق العقاب فالأول ليس عقابا وإنما هو وسيلة لدفع خطر محقق.
- ٣- لو صح القول بأن الدفاع الشرعي مجازاة شر بشر لما جاز للسلطة العامة ان تعاقب المعتدي على جريمة اعتدائه بعد الرد بالدفاع إذا لم يرد الدفاع إلى هلاكه الجسدي كلياً لانه لا يجوز ان يعاقب شخص مرتين على جريمة واحدة في حين ان المعتدي إذا بقي على قيد الحياة بعد اعتدائه ودفعه فانه يحال إلى القضاء لمساءلته وعقابته ومعاقبته.

ثالثاً- نظرية تضارب المصالح وترجيح مصلحة المدافع:

تقوم هذه النظرية على اساس فكرة الموازنة بين المصالح المتضاربة لان القانون كما يحمي حقوق المعتدي عليه كذلك يحمي حقوق للمعتدي غير ان المعتدي قد أهدر نفسه في حماية حقوقه بأقدامه مسبباً على الاعتداء، وعلى هذا الاساس يبيح القانون التضحية بالمصلحة الاقل اهمية (مصلحة المعتدي) في سبيل حماية المصلحة الاكثر اهمية (مصلحة المعتدي عليه).

وينتقد هذا الأساس من الالوجه التالية:

- ١- الاصل في القانون انه يحمي الحقوق كافة بغض النظر عن درجة اهميتها فلا يوجد هنالك درجات للاهمية من حيث الحماية القانونية.

٢- لو صح أن المعتدي يفقد حرمة مثل الحق الذي اعتدى عليه لكانت النتيجة المنطقية أن السارق يفقد حرمة ملكه لاعتدائه على ملك الغير، ويفقد حرمة عرضه لأنه اعتدى على عرض الغير وهكذا وهذا امر غير وارد في ميزان الشرع ومنطق القانون.

٣- أن هذا التعليل لتبرير الدفاع الشرعي وعده من أسباب الإباحة وبالتالي إسقاط الضمان الجزائي والضمان المدني إذا سلم به بالنسبة لذوي الأهلية من المعتدين فإنه لا يبرر الدفاع الشرعي ضد عدمي الأهلية في حالة اعتدائهم على حقوق الغير لأنه لا يمكن أن ينسب اليهم أنهم هتكوا حقاً للغير إرادتهم وبالتالي أهدروا حقوقهم المحمية قانوناً.

رابعاً - نظرية اقتصار القانون :

يجر انصار هذه النظرية مشروعية الدفاع الشرعي واعتباره سبباً من أسباب الإباحة بأن الاعتداء الاجرامي نفى لحكم القانون ودفع لهذا النفي ونفي النفي الثبات وبالتالي أن دفع الاعتداء، بالاعتداء، تأييد للقانون وانتصار له.

ومن الانتقادات التي يمكن أن توجه إلى هذه النظرية أنه لو سلمت هذه الفكرة لجاز لكل فرد أن يمثل السلطة العامة ما دام تصرفه يناصر القانون ويؤيده وهذا مرفوض لأن الدفاع عن الفرد والمجتمع هو من مظاهر سيادة الدولة، أما التدخل بدون مبرر قانوني فهو اعتداء على هذه السيادة.

خامساً - فكرة الرجوع إلى الاصل :

ومفادها أن الاصل هو أن يدافع كل فرد عن نفسه كما كان كذلك قبل إنشاء الدولة وبعد انشائها انتقل حق الدفاع من الفرد إلى المجتمع الذي تمثلته الدولة لأن المجتمع (أو الدولة) اقدر على هذا الدفاع وفعله أبعد من الغرضي وأن الفرد اقرب إلى حدوث الاضطرابات والمضاعفات السلبية ولكن إذا عجزت السلطة العامة التي تمثل المجتمع عن إغاثة الفرد المعرض لخطر عُدق حين الاعتداء عليه فإن له أن يسترد حقه الاصلي في حماية

نفسه أو عرضه أو ماله ما دام المجتمع عاجزاً عن تلك الحماية أو غالباً ويرد على هذه الفكرة عدة ملاحظات منها:

- ١- أن هذه الفكرة متأثرة إلى حد بعيد بنظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو ومن هنا حذره في تنازل الأفراد للمجتمع عن حقوقهم مقابل حماية المجتمع لهم وهذه فكرة خيالية لا تخرج عن نسج الخيال وليس لها واقع ملموس في تاريخ البشرية لأن مثل هذا العقد لا يتصور في عصر لم تكن وسائل المواصلات موجودة بين الأسر البشرية المتباعدة بمسافات لا يعلم بعضها مكان بعض.
- ٢- في هذه الفكرة خلط بين الدفاع وبين العقاب لأن الفرد عندما كان يدافع عن نفسه قبل الدولة كان دفاعه مبنياً على أساس عقاب المعتدي.
- ٣- إذا سلمت هذه الفكرة جدلاً لتبرير دفاع الشخص عن حقه المعرض للخطر فإنها لا تصلح أن تكون مبررة للدفاع عن حق الغير في حين أن الدفاع الشرعي عام شامل للدفاع عن حقوق المدافع وحقوق الغير ولو لم يكن لهذا الغير صلة به.

سادساً - فكرة الباطل الشريف:

ومفادها أن اعتداء المعتدي على مصالح الغير يكشف عن خطورته على المجتمع ودفع المدافع المعتدي عليه لخطر المعتدي ليس إلا عملاً يخدم مصلحة المجتمع ويبعد عنه خطر المعتدي عليه فعمله من قبيل العدل الاجتماعي ومن مصلحة المجتمع استئصال جنور تلك الخطورة.

وما يقوم به المدافع ليس إلا عملاً نابعا عن هذا الواقع ولذا يعد من أسباب الإباحة ويسقط عنه المسؤولية بكافة أنواعها.

ويلاحظ على هذه الفكرة بأنها لا تشمل حالة كون كل من المعتدي والمعتدى عليه من الأشرار الخطرين على المجتمع فليس للمجتمع مصلحة في إبقاء أحدهما وإفناء الآخر.

سابعاً - حماية مقاصد الشارع ومصالح الناس:

هذا الأساس للدفاع الشرعي هو ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ بدايتها لأن مقاصد الشرع والقانون هي حماية مصالح المجتمع والأفراد وقد نص القرآن الكريم على هذه الحقيقة

في قوله تعالى: (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ومن الواضح ان هذه الصياغة الكلامية (النفى بعد النفي) للمحصر في ميزان علم البلاغة فمحصر سبحانه وتعالى الغاية من الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الأسرة البشرية لأن الرحمة بمعنى المصلحة الإنسانية سواء كانت إيجابية (المنفعة المستجلبة) أم سلبية (المضرة المستدراة) وسواء كانت مادية أم معنوية، دنيوية أم أخروية.

وعلى هذا الأساس يكون الدفاع عن المصلحة المشروعة واجباً لحمايتها سواء كان هذا الدفاع من السلطة العامة أو من الأفراد لأن الكل مسؤول عن هذه الحماية كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم (كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته).

ولو سلب الدفاع الشرعي عن كل إنسان يتعرض لخطر حال لأدى ذلك إلى تشجيع المفسدين في الأرض على التمادي في الاعتداء على أرواح الأبرياء وأعراضهم وأموالهم لأنه ليس بإمكان السلطة وحدها مكافحة الفساد وعلى هذا الأساس لا يسأل جنائياً ولا مدنياً من يساهم في تأمين الاستقرار والطمانينة ولإبعاد شبح الفوضى والفساد عن الفرد والمجتمع.

طبيعة الدفاع الشرعي وأثاره:

١- الدفاع الشرعي سبب ذو طبيعة موضوعية من وجهين:

أحدهما من حيث كيانته الذي لا يتضمن أصلاً عنصراً من العناصر الشخصية للدافع.

والثاني من حيث أثره الذي ينصرف إلى الفعل المستعمل في دفع خطر المعتدي لا إلى شخص مدافع.

أما كيانته الموضوعي فتفسعه ان توفر سببته للإبادة كمآثر اسباب الإبادة يرجع إلى وجود قواعد قانونية تلزم اطلاق نصوص التجريم وتخصيص عمومها فالكشف عن سبب الإبادة سواء اكان دفاعاً شرعياً أم غير كاداء الواجب واستعمال الحق وضعها يأتي موازنة بين قاعدة التجريم وقاعدة الإبادة والتوفيق بينهما بتقييد أو تخصيص إحداها لا إطلاق أو عموم الأخرى دون ان يتطلب ذلك بمشاً في نفسية الجاني الا في حالات استثنائية كحسن نية المتجاوز عن حدود الدفاع وسوء نيته .

أما الطابع الموضوعي لاثار الدفاع الشرعي فيقصد به تعلق هذه الآثار بالتكليف القانوني للفعل بغض النظر عن أهلية المعتدي والمعتدى عليه^(١).

ومن أهم الآثار المترتبة على الطابع الموضوعي للدفاع الشرعي ما يأتي :

١- تأثير سبب الإباحة يمتد إلى كل شخص ساهم في الدفاع فتمت ما توافرت عناصر الدفاع الشرعي يصبح الفعل مشروعاً مباحاً يستفيد من ذلك كل من ساهم فيه فلا يبقى فرق بين الفاعل^(٢) والشريك^(٣) ولا بين من يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله وبين من يدافع عن نفس الغير أو عرضه أو ماله.

ومن يعرض غيره على الدفاع أو يساعده أو يقدم له التسهيلات لدفاع الشرعي يستفيد من الإباحة وفلسفة ذلك أن الفعل المشروع المباح لا يصلح أن يكون محلاً للمساهمة الجزائية سواء أكان للمساهم فاعلاً أم شريكاً.

وجدير بالذكر أن هذه القاعدة خاصة بحالة الدفاع الشرعي وليست مطلقة فلا تطبق في سائر أسباب الإباحة لأن أسباب الإباحة نوعان.

أسباب مطلقة كما في الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام وأسباب نسبية كما في أداء الواجب بالنسبة للمسؤولين في الدولة واستعمال الحق بالنسبة للتأديب من قبل الأزواج والاباء وغيرهم ممن له سلطة التأديب.

فهذا النوع النسبي يراعى فيه العنصر الشخصي للفاعل فالزوج وحده يؤدب زوجته وكذلك الأب والمعلم والموظف والطبيب والرياضي في الألعاب الرياضية وغيرها من أسباب الإباحة النسبية.

(١) د. محمود نجيب حسن المرجع السابق ص ١١٢ ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي ، ص ٢٤٥ .

(٢) نصت م ٤٧ عقوبات على أنه (بعد فاعلاً للجريمة : من ارتكبها وحده أو مع غيره ومن ساهم في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أفعال تقام عمداً أثناء ارتكابها بفعل من الأعمال المكونة لها ومن دفع بآية وسيلة شخصاً على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسئول جزائياً عنها لأي سبب كعدم الأهلية

(٣) ونصت م ٤٨ على أنه (بعد شريكاً في الجريمة من عرض على ارتكابها ففرقت بناءً على هذا التحريض ومن اتفق مع غيره على ارتكابها ففرقت بناءً على هذا الاتفاق ومن أعطى الفاعل سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما يستعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعد عمداً بأي طريقة أخرى في الأعمال المجيزة أو السهلة أو التهمة لا ارتكابها).

فلا يستفيد من سبب الإباحة إذا كان أداءه لواجب لا يقوم به إلا شخص يتحل مركزاً معيناً أو يحمل صفة معينة كما في استعمال السلطة العامة فلا يستفيد منه إلا من يكون موظفاً عاماً، وفي الأعمال الطبية والجراحية لا يستفيد من سبب الإباحة إلا من كانت له صفة التطبيب أو من يكون من أعوانه كالمعاون الطبي والمرضة والمخدر ونحو ذلك.

٢- ومن أثار موضوعية الدفاع الشرعي من حيث سببته للإباحة عدم تأثر الجهل بالواقع على صيغة فعل غير مشروع إلى مشروع أو صيغة غير المشروع^(١) إلى المشروع فمن دفع خطراً عن شخص أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير وعرضه أو ماله وهو يجهل أنه في حالة الدفاع الشرعي فلا تأثر لهذا الجهل والاعتقاد الخاطيء أي أثر على مشروعية فعله ما دامت الشروط الشرعية والقانونية متوفرة فيه، وكذلك العكس فلو قام بفعل ضد غيره وهو يعتقد أنه في حالة الدفاع الشرعي وكان اعتقاده خاطئاً فلا يكون له التأثير على الواقع وهو عدم كونه في حالة الدفاع الشرعي فلا يعتبر فعله مباحاً ولا يحول الاعتقاد الخاطيء العمل غير المشروع إلى العمل المشروع.

٣- الفلظ في عناصر الدفاع الشرعي لا يغير الواقع فلو كان المدافع يظن بأن عنصراً من عناصر الدفاع غير متوفر في حين أنه كان متوفراً في الواقع فلا أثر لهذا الفلظ الذي وقع فيه.

وكذلك العكس فلو ظن أن جميع عناصر الدفاع الشرعي متوفرة وكان ظنه خاطئاً فلا يعتد بهذا الظن بل يعمل بما هو واقع فلا يعتبر المدافع في حالة الدفاع الشرعي.

بناءً على القاعدة الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة (٧٢) من مجلة الأحكام العدلية: (لا عبرة بالظن البين خطؤه).

وهذه القاعدة تطبق في القضايا الجنائية والمدنية على حد سواء ومن المسائل المدنية المبنية على هذه القاعدة أنه إذا دفع الكفيل الدين وكان الأصل قد أداه أو أبرأه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع.

(١) د. محمد نجيب حسني / المرجع السابق، ص ١١٣.

غير ان بعض القوانين كقانون العقوبات العراقي (م٤٢ وم٤٦) والكويتي (م٣٤ و٣٨) لعتد بالخطر المردوم في الدفاع الشرعي إذا كان منبأ على أسباب معلولة ومن النية في اراء الواجب.

موقف قوانن العقوبات العربية من الدفاع الشرعي:

لم تتفق التشريعات الجزائية الآتية على معالجة عناصر الدفاع الشرعي وأحكامه بمنطق واحد كعدم توافقها في التشريعات الأخرى بل تلتقي في بعض النقاط وتختلف في نقاط أخرى إضافة إلى وجود بعض الميوسب والتوافر في بعضها ومن أوجه الالتصاق: تعريف الدفاع الشرعي بأنه استعمال قوة لازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء. حقا يميته القانون ومنها: أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة إذا توافرت أركانه وشروطه رغم اختلافهم في بعض التفصيلات.

ومنها: أن أركان الدفاع الشرعي اثنان الخطر والفعل الذي يدفع به هذا الخطر ولكل منهما شروط أهمها ما يأتي:

أولاً شروط الخطر:

١- وجود خطر بوقوع اعتداء غير مشروع واستعمل تعب (تعرض غير حق) بدلاً من الخطر كمل من قانون العقوبات اللبناني^(١) (م١٨٤) والسوري (م١٨٣)^(٢) والأردني (م٦٠)^(٣) واستعمال القانون البحريني (م٤٩)^(٤): (القوة أو العنف غير المشروعين) والقطري^(٥) (م٣٩) والتونسي (الفصل ٣٩) والمصري (الفصل ١٢٤) تعب (الصالل) وهو تعب قلعها الشريعة واستعمل العراقي (م٤٢)^(٦) والليبي (م٧٠)^(٧) والمصري (م٢٤٦)^(٨) تعب (الجرمة)^(٩).

(١) المصدر بالمرسوم المرقم (٣٤٠) في ١/أذار/١٩٤٣.

(٢) المصدر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.

(٣) رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

(٤) المصدر في ١٧/مايو/١٩٥٥ وتعديله الصادر في ١٨/يونيه/١٩٦٩.

(٥) المصدر بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٠.

(٦) رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

الشرط الثاني - أن يهدد الخطر بالإيذاء مصلحة يحميها القانون من نفسه أو عرض أو

مال:

وأكثرها لم تذكر العرض صراحة على أساس أنه يتدرج تحت مفهوم النفس ومن القوانين التي ذكره صراحة قانون عقوبات الإمارات المتحدة (١٦-١٣م) والقانون الكويتي (٣٤م) ولم تفرق هذه القوانين بين كون المصالح المعرضة للخطر عائداً إلى المدافع شخصه أو إلى غيره باستثناء القانون التونسي الذي نص في الفصل (٣٩) على تحديد هذا الفهم بأن يكون ممن أقارب المدافع وهم الأقارب من طبقة الأصول والفروع والأخوة والأخوات والزوج والزوجة. أما إذا كان الشخص المعرض للخطر غير هؤلاء، فللمحاكم الاجتهاد في تقدير المسؤولية. ويرى البعض^(١) أن المراد من هذا النص هو أن للقاضي أن يعتبر الدفاع عن مصلحة الغير طرفاً مخففاً.

الشرط الثالث - أن يكون الخطر حالاً:

وقد ذكرنا سابقاً أن الخطر يعتبر حالاً في إحدى حالتين:

إحداًهما أن يكون الخطر وشيك الوقوع ولم يقع بعد.

والثانية أن يكون قد بدأ ولم ينته بعد.

ويستفاد هذا الشرط من أكثر القوانين الجزائية العربية صراحة أو ضمناً ومن القوانين

الدالة عليه صراحة العراقي (٤٢م) والسوري (١٨٣م) والأردني (٦م) واللبناني (١٨٤م)

والجزائري (٣٩م) تحت عبارة (خطر حاتم).

الشرط الرابع - عدم إمكان اللجوء في دفع الخطر إلى السلطة العامة:

وهذا الشرط تدل عليه أكثر القوانين العربية صراحة أو ضمناً ومن القوانين الدالة عليه

صرامة العراقي (٤٢م) والمصري (٢٤٧م) والليبي (٧٠م) والسوداني (٥٩م) والقطري

(٢٧م).

(١) الصادر بالمرسوم في ٢٨/نوفمبر/١٩٦٢.

(٢) رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٣ المعلن.

(٣) أي لو تم لأصبح جريمة. ولا يقصد بلفظ الجريمة تمام وقوع الاعتداء.

(٤) ينظر تعليقات محمد طاهر السنوسي على المجلة الجنائية التونسية ط/١٩٦٤ تونس ص ٣٧. فلا عن

يوسف الياس مجموعة قوانين العقوبات العربية ط/١٩٧٣ ص ٤١.

ومن المجدير بالذكر ان بعض القوانين العربية اشترطت شرطاً^(١) خاصاً للخطر حتى يكون الدفاع من أسباب الإباحة وهو ان لا يكون المعتدى عليه هو السبب المشع للاعتداء. كالقانون الأردني (م٦٠) والسوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٤) والبحريني (م٢٩) لكن انتقد هذا الشرط بأنه يؤدي من الناحية العملية إلى نتائج لا يمكن التسليم بها ومنها. عدم إمكان رد ما يتجاوز فيه المدافع عن حدود الدفاع الشرعي لو كان يخشى من هذا التجاوز أحداث الموت لأنه لو لم يعتد لما وقع هذا التجاوز^(٢). علماً بأن الدفاع ضد من يتجاوز الحدود جائز رغم أن المدافع هو الباديء بالاعتداء.

وللمشرع العراقي رغم أنه لم ينص صراحة على هذا الشرط إلا أنه نص في (م٤٠٩)^(٣) على أنه لا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر (عذر مفاجأة الزوجة أو إحدى محارمه متلبسة بجريمة الزنا) وانتقد البعض^(٤) المشرع العراقي في استعماله تعبير (حق) (في حق الدفاع الشرعي).

فتألاً: أن الدفاع الشرعي ليس حقاً لأن هذا التصور يؤدي إلى القول بوجود التزام مقابل من المعتدي بتحمل الدفاع وأنه يكون مسؤولاً عن التعريض إذا أعاق المدافع عن استعماله حقه في الدفاع.

وينتقد هذا الانتقاد بأن هذا الزعم مبني على أن المراد بلفظ (حق) في حق الدفاع الشرعي الحق الشخصي المالي المقابل للالتزام المالي وهذا الزعم باطل لأن المراد بالحق في مثل هذا اللقاع هو الصلاحية والمركز الشرعي أو (القانوني) الذي من شأنه أن ينتفع به صاحبه.

(١) ينظر: د. محمود مصطفى - أصول قانون العقوبات، ص ٥٤ نقلاً عن د. يوسف الياس المرجع السابق ص ٣٩.

(٢) ينظر: د. محمود مصطفى - أصول قانون العقوبات، ص ٥٤ نقلاً عن د. يوسف الياس المرجع السابق، ص ٣٩.

(٣) الخاصة بقتل الزوجة أو إحدى المحارم وشريكها في حالة التلبس بالزنا.

(٤) د. محمود مصطفى - القسم العام ص ٢٠٣.

شروط الفعل الذي يدفع به المخطر:

يشترط صراحة أو ضمنا في اغلب القوانين الجزائية العربية توافر شرطين في فصل الدفاع الشرعي.

الشرط الأول: أن يكون هذا الفعل لازما أي وسيلة وحيدة لدفع المخطر:

فإذا كان بالإمكان التخلص من المخطر الذي يهدد مصلحة من مصالح المدافع أو مصلحة غيره من الحقوق النفسية أو العرقية والمالية التي يحميها القانون عن طريق فعل لا يعد جريمة فإنه لا يباح له أن يرتكب في الدفاع فعلا يجرمه القانون^(١) ومن القوانين التي تشير إلى هذا الشرط: العراقي (٣/٤٢م) والمصري (٢٣٦م) والسوري (١٨٣م) واللبناني (١٨٤م) والأردني (٦٠م) والجزائري (٣٩م) والتونسي^(٢) الفصل (٣٩) والمغربي الفصل (١٢٤) غير أن القانون الليبي (٧٠م) نص على أن الدفاع الشرعي يبيح للشخص ارتكاب كل فعل يكون ضروريا لدفع خطر جريمة الاعتداء..

والتعبير عن هذا الشرط في العراقي أو التونسي أوضح من تعبیر سائر القوانين الجزائية العربية حيث ينص الأول على أن لا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى لدفع المخطر، والثاني على ضرورة أن يكون المدافع لم يتمكن النجاة من المخطر بوجه آخر.

الشرط الثاني: أن يكون فعل الدفع متناسبا مع المخطر:

وقد تطرق لهذا الشرط أكثر التشريعات الجزائية العربية مع الاختلاف في التمايز والتعبير الوارد في الأردني (٦٠م) والمغربي (الفصل ١٢٤): (مع المخطر) وفي المصري (٢٤٦م) (أن تستعمل في الدفاع القوة اللازمة) وفي العراقي (٤٥م): (الدفاع الشرعي لا يبيح إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع) وفي البحريني (٢٩م): (لا يستعمل للمدافع درجة من القوة أو يحدث أذى أعظم مما هو ضروري ومعقول) والجزائري (٣٩م): (أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء). وفي السوداني (٥٨م) والقطري (٢٦م): (أن لا يمتد الدفاع الشرعي بأية حال إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع).

(١) د. محمود نجيب حسني، القسم/ص ٢٢١.

(٢) المجلة الجنائية التونسية لسنة ١٩١٣ المجلد.

وفي ما يتعلق بجرائم الاعتداء على الأشخاص التي تعبر قتل المعتدي دفاعاً عن النفس وعن نفس الغير نصت صراحة قوانين العراقي (٤٣م) والمصري (٢٤٦م) والليبي (٧٠م) والجزائري (٣٩م) والمغربي (الفصل ١٢٥) والقطري (٢٤م) والكويتي (٣٣م) والسوداني (٥٦م): على جواز قتل المعتدي إذا كان الخطر بحيث يؤدي إلى الموت أو الإصابة بجراحة بالغة. وفي ما يتعلق بجرائم هتك الأعراض نصت قوانين العراق ومصر والكويت وليبيا والقطر واليمن والسودان على جواز قتل المعتدي في حالة قيام خطر يهدد بمواقعة أنثى أو اللواط بها أو بذكر غيرها إضافة إلى جواز القتل ضد اعتداء خلف إنسان.

وفي ما يتعلق بلباحة القتل دفاعاً عن المال فقد اختلفت فيه القوانين العربية من حيث نطاق المال محل الاعتداء: فأباح قتل المعتدي العراقي (٤٤م) والمصري (٢٤٦م) والليبي (٧٠م) والجزائري (٣٩م) والقطري (٢٤م) والمغربي (الفصل ١٢٥) في حالات الدخول ليلاً في منزل معد للسكنى^(١) وإن لم يكن فيه أحد حالة الاعتداء أو أحد ملحقاته والسرقات، والحريق عمداً.

وأضاف إلى ذلك التونسي (٤٠م) خلع مسيجات ونقب الجدران، كما أضاف إليها جريمة النهب القانون السوداني والجزائري والتونسي والمغربي.

تجاوز المدافع الشرعي:

من الطبيعي أن يكون التجاوز عن الحدود المعقولة المقبولة التي يستوجبها الدفاع الشرعي أمراً متوقفاً نتيجة الحالة التي يكون فيها المدافع فاقداً في الغالب الكثير من اتزانته.

والمراد بالتجاوز عدم تحقق التناسب بين فعل الدفاع من المعتدى عليه والخطر من المعتدي. وهذا التجاوز قد يكون بنية سليمة حسنة وقد يقع بغير هذه النية.

وقد اختلفت فقهاء القوانين الجزائية العربية في معالجة حالة التجاوز حول مدى مسؤولية المتجاوز ومعاقبته.

^(١) ويشمل المنزل في السوداني والقطري الحية والنفينة المسكونة.

وقد نص قانون العقوبات اللبناني (١٨٤م و٢٢٨م) والسوري (١٨٣م و٢٢٧م) على عدم معاقبة المتجاوز إذا افرط في الدفاع وكان اقدامه على الفعل في سورة انفعال شديد بحيث انعدمت معها قوة رعيه وارادته.

ونصت (٣/٦٠م) من القانون الاردني - بعد الاحالة إلى (٨٩م) من نفس القانون - على انه يمكن اعفاء الفاعل من العقوبة. ويسود ان هذا القانون اخضع الامر للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع ونصت غالبية القوانين الاخرى على جواز تخفيف العقوبة بفرض عقوبة الجنحة في حالة كون فعل الدفاع جنائية كما في العراقي (٤٥م) ^(١) والمصري (٢٥١م) والكويتي (٣٦م) والقطري (٣٢م) ^(٢).

ونصت (٣٠م) اليمني ^(٣) على انه إذا تجاوز الشخص بإعماله حدود الإباحة والضرب أو الدفاع الشرعي يعاقب على هذا التجاوز إذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة ضد صديقه. ونصت (٥٨م) السوداني على أن: (حق الدفاع الشرعي لا تحيد بأية حالة إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لفرض الدفاع).

ملاحظات على قوانين العقوبات العربية في موضوع الدفاع الشرعي:

يمكن ايراد الملاحظات الآتية على تلك القوانين: -

- ١- قانون عقوبات العصائي القائم المواد (١٠٣-١٠١) اكتفي بمعالجة موانع المسؤولية الجنائية دون التطرق لأسباب الإباحة، اضافة إلى ذلك فانه خلط بين موانع العقاب وموانع المسؤولية الجنائية وهذا نقص تشريعي يجب تداركه.
- ٢- القانون التونسي القائم الفصول (٤٠-٣٩) حصر جواز الدفاع الشرعي عن مصالح الغير في أصول المدافع وفروعه وإخوته وأخواته والزوج والزوجة بينما اختلفت القوانين على خلاف هذا التقييد فأجازت بل ألوجبت على الإنسان أن يدافع عن حقوق الغير كما يدافع عن حقوقه مطلقاً.

^(١) نصت (٤٥م) العراقي على انه (يجوز للمحكمة في حالة التجاوز ان تحكم بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجنائية، وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنحة)
^(٢) ونص هذا القانون على أن للقاضي أن يعتبره ظرفا مخففا.
^(٣) رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.

٣- يوجد في القانون اليمني القائم (٢٧م-٣٠) التناقض بين المادة (٢٧) والمادة (٢٨) لان الاولى نصت على جواز الدفاع عن حقوق الغير مطلقا في حين قيدت الثانية الدفاع عن الغير بالقرابة والزوجية^(١)

٤- خلط القانون اللبناني القائم^(٢) (٢٢٧م-٢٢٩) تحت عنوان القوة القاهرة بين موانع المسؤولية الجنائية واسباب الإباحة فاعتبر ما هو من موانع المسؤولية الجنائية اسبابا للإباحة مع ان الموانع اعم مطلقا والاسباب اخص مطلقا والعام لا يستلزم وجود الخاص دون العكس.

إضافة إلى ذلك فانه استعمل تعبير (لا عقاب) بدلا من لا جريمة في حين أن نفي العقاب لا يستلزم نفي الجريمة فعدم الأهلية إذا ارتكب جريمة لا يعاقب عليها رغم قيامها.

٥- القانون الأردني (٨٨م-٩٠) تحت عنوان القوة القاهرة هو الآخر خلط بين موانع المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة فاعتبر ما هو من موانع المسؤولية الجنائية أسبابا للإباحة كالإكراه والضرورة وهما من الموانع ورغم ذلك عددهما من أسباب الإباحة.

٦- القانون السوداني القائم م (٤٥-٥٤) وقع في أخطاء جسيمة منها انها اعتبر أصورا من أسباب الإباحة وهي بعيدة عنها بعد السماء عن الأرض كعدم توفر القصد الجنائي (٤٨م) والصغر (٤٩) والمجنون والسكر (٥٠م) رضا المجني عليه (٥١م) والاكراه (٥٣م).

٧- القانون السوداني^(٣) (٢٢٦م-٢٢٨) لم يتطرق لمصطلح (الدفاع الشرعي) وانما عالج الموضوع تحت عنوان (القوة القاهرة) ثم قسمها إلى القوة الغالبة والاكراه وحالة الضرورة مع أن كلا منهما ليس من أسباب الإباحة.

^(١) نصت (٢٧م) على أنه: (تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا وجد المدافع خطرا حالا من جريمة على نفسه أو عرضه أو نفس الغير أو عرضه)، ونصت المادة (٢٨م) على أنه (لا يبيح الدفاع الشرعي القتل العمد إلا إذا قصد به دفع أحد الأمور الآتية:

١- القتل وجراحة بالغة إذا كانت الجراح على المدافع نفسه أو أحد أقاربه.

٢- الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجه أو محرم له.

٣- اختطاف المدافع أو زوجه أو ولده أو أحد محارمه بالقوة)

^(٢) الصادر بالمرسوم رقم ٣٤٠/أب في ١٩٤٣.

^(٣) الصادر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.

٨- اشترط القانون السوري (١٨٣م) واللبناني (١٨٤م) والأردني (٦٠م) والبحريني (١٢٩م) أن لا يكون المعتدى عليه سببا لاعتداء المعتدي وقد سبق بيان ذلك والملاحظات التي ترد عليه.

٩- قانون العقوبات المغربي^(١) (الفصل ١٢٤-١٢٥) عالج الدفاع الشرعي تحت عنوان الأسباب المبررة التي تمحو الجريمة. ويلاحظ على هذا القانون انه اعتبر الضرورة في الفصل (١٢٤) من أسباب الإباحة مع أنها من موانع المسؤولية الجنائية وغلط في الفصل (١٢٥) بين الدفاع عن النفس والدفاع عن المال.

١٠- يعتبر قانون العقوبات القطري القائم^(٢) (م ٢٣-٢٢) تحت عنوان الدفاع الشرعي أدق واشمل وأوضح قانون بين قوانين العقوبات العربية في معالجة عناصر الدفاع الشرعي واحكامه ومن مزايا هذا القانون:

- أ - نص صراحة على أن الدفاع عن العرض من أسباب الإباحة مطلقا.
- ب - أضاف إلى المنزل المسكون في الدفاع الشرعي: الحيمة، والضيقة، وبشر البتول وكل مورد من موارد الشرة العامة.

وبهذا جمع بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام.
ونكتفي بهذا القدر من بحث عناصر وأحكام الدفاع الشرعي الخاص لنتناول دراسة الدفاع الشرعي العام.

وجدير بالذكر أن هذا المصطلح (الدفاع الشرعي العام) بهذا التعبير لم أطلع عليه لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون ولكن تطبيقاته العلمية والعملية كثيرة في كل منهما.
والدفاع الشرعي العام إما داخلي في حدود إقليم كل دولة وهذا ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به مصطلح (الحسبة) أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
وأما خارجي من حيث إن مصدر الخطر يأتي غالبا من خارج الحدود ويطلق عليه في اصطلاح الشريعة الإسلامية مصطلح (الجهاد).

(١) رقم ٥٩/٤٠٣ في ٢٦/نوفمبر/ ١٩٦٢.

(٢) الصادر بالقانون رقم (١٤) في سنة ١٩٧٠.

وفي القانون مصطلح (الدفاع)^(١).

ومعيار التفرقة بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام (بقسميه) أمران موضوعيان:

أحدهما: أن مصدر الخطر في الخاص داخلي دائما وفي العام قد يكون داخليا وقد يكون خارجيا.

والثاني: أن المعرض للخطر حق خاص في الدفاع الشرعي الخاص كما سبق وحق عام في الدفاع الشرعي العام، سواء كان داخليا أو خارجيا وتتناول بحث الدفاع الشرعي العام بقسميه في الفصلين القادمين.

^(١) تنص المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه ليس في هذا الميثاق ما يضمن أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضائها (الأمم المتحدة).

**الغنى المشكل
والإحتياط في توزيع
التركة**

الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة

الخنثى في اللغة: من يكون كثنى التثني.

المُخْنَثُ: المترخي، المتثني، وجمعه خنثائي وخنثاء. والخنث كالكثف من فيه إخنثاء أي تكسّر وتثني، مأخوذة من الإخنث وهو التثني والتكسّر. إن شأن الخنثى التثني في كلامه والتكسّر فيه بأن يلينه بحيث يشبه كلامه كلام النساء.. وفي اصطلاح الفقه والطب: إنسان شاذ الخلقة غير اعتيادي، له عضوا الذكورة والأنوثة لو هربى منهما. أي: إنسان شاذ لا يتيقن كونه ذكرا أو أنثى.

النوع الخنثى:

للخنثى نوعان:

١- خنثى حقيقي hermaphroditism True : وهو النوع الذي يكون كلا عضوي التناسلية الانثوية والذكورية موجودان فيه، وهو نادر من الناحية الطبية، والمعلومات المتوفرة عنه قليلة ومحددة. وعادةً يملك كروموسومات انثوية من نمط (XX٤٦).

٢- خنثى وهمي Pseudo-hermaphroditism: وهو أن لا يكون له آلة الذكر والأنثى، بل له ثقب يخرج منها الخارج (البول) ولا تشبه جهاز الذكر أو الأنثى.. وهذا النوع أكثر انتشارا، وفيه تكون صورته متفاوتة بين شخص وآخر، وفي العادة تكون الأعضاء التناسلية الخارجية غير كاملة حيث يصعب معها تحديد صنف الطفل. ويُطلق على هذا النوع (الخنثى المشكل)، أي يلتبس فيه الأمر لما فيه تعارض بين علامات الرجال وعلامات النساء، فيلتبس أمره، لذا يوصف بأنه مُشْكِـل.

اسبابه:

من حيث الاسباب قسما:
أحدهما ناتج عن خلل في الكروموسومات.
والثاني ناتج عن خلل في الجينات، ويوجه خاص المتعلقة بالهرمونات، وهي كثيرة.

خصوبيته:

الخنثى المشكل خاص بالإنسان والإبل والبقر، ولم يشب له الآن وجوده في سائر الحيوانات.

العلاج:

من الضروري تحديد صنفه في القرب وقت ممكن، وفي ذلك يعتمد على ما يلي:
أ- الإعتماد على الأعضاء الجنسية، ويوجه خاص الأعضاء الخارجية التي بإمكانها تأدية وظيفتها عند البلوغ.

ب- إجراء عملية جراحية (أو عدة عمليات حسب الحاجة) للأعضاء التناسلية بتعاون عدة من الأطباء المختصين في الغدد والجراحة والوراثة والنفسية، لعلاج هذه الحالات في المستشفيات التي لديها أطباء الغدد الصماء والجراحين في المجاري البولية والولادة والأمراض النسائية.

معايير التمييز بين الصنفين^(١):

إذا تعذر إصلاح الجهاز التناسلي، فقد رعى الأطباء والفقهاء القدامى الإستعانة بالمعايير الظاهرة للتمييز بين الصنفين (الذكر والأنثى).

^١ من الأخطاء الشائعة بين الناس إطلاق الجنس على الذكر والأنثى، لأن الجنس هو الذي تندرج تحته أنواع مختلفة في ماهياتها، فالصنف يندرج تحت النوع، والنوع يندرج تحت الجنس، فاختيار جنس تندرج تحته أنواع الحيوانات، والإنسان نوع يندرج تحته صنف الذكر والأنثى. والصنف يندرج تحته الأشخاص.

أ- لهم المعايير قبل البلوغ:

- ١- المبال: إن كان يبول من مبال الرجال فهو ذكر ويأخذ مباحات الذكور. وإن كان يبول من مبال النساء فهو أنثى يرث مباحات النساء.
- ٢- كثرة خروجه: فمن بال من آلة الذكر أكثر من آلة الأنثى، فهو ذكر، ومن بال الأكثر من آلة الأنثى فهو أنثى.
- ٣- سبق البول من إحدى الآلتين: فالحكم للأسبق. فإن سبق البول من آلة الذكورة فذكر، أو من آلة الإناث فأنثى. أي إن بال منهما جميعاً أعتبر أسبقهما، لأن سبق البول من أحدهما يدل أنه هو للمخرج الأصلي.
- ٤- إذا تعارض سبق والكثرة، بأن كان الخروج من أحد الجهازين أسبق ومن الآخر أكثر، يُحكم بأكثرهما، لأن الأكثر أقوى في الدلالة على أنه العضو الأصلي، ولأن الحكم الكلي يرجع بالأكثر.
- ٥- عدد الأضلاع: إن كانت أضلاعه من الجانب الأيسر ناقصة ضلماً فهو ذكر، وإن تساوت أضلاعه من الجانبين فهو أنثى.
- ٦- الوقوف عند البول إلى جانب حائط: فإن بال عليه فهو ذكر، إن شلش بين فخذيّه فهو أنثى.

ب- لهم علامات التمييز بعد البلوغ:

- ١- الميل الجنسي: فإن كان يميل جنسياً إلى الرجال فهو أنثى، وإن كان يميل بطبعه إلى النساء فهو ذكر.
- ٢- الثدي: فإن كان حجم ثديه أكبر، فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.
- ٣- نبت اللحية: فإذا نبت الشعر على وجهه فهو رجل، وإلا فهو امرأة.
- ٤- الحيض: فإن ظهرت له عادة شهرية (الحيض) فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.
- ٥- الوطء: فإن أمكن وطؤه فهو أنثى، وإلا فذكر.
- ٦- الليل: فإنه يستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة، فإن مال إلى الرجال فإمرأة، وإن مال إلى النساء فرجل. وإن قال أميل إليهما ميلاً واحداً، أو لا أميل إلي أي لى واحد منهما، فمشكل.

وحيث أطلق الخنثى في الفقه الإسلامي يراد به المشكل.^(١)
ونرى أن الطب في هذا العصر قد تقدم وتطور، وأصبح أهل الطب اليوم اقدر على التمييز، لذا على أهل الفتوى ترك تحديد صنف الخنثى لرأي الطب.

اهمية التمييز:

تبيين هذه الأهمية في أمرين:
أحدهما إجراء العملية الجراحية للخنثى يقوم بها الأطباء المختصون لإصلاح الجهاز التناسلي، ليكون أقرب إلى الحالة الطبيعية التي تتوافق مع التكوين العضوي، وحينئذ تجري على الحالة الاحكام التي توافق الصنف من الذكر والأنثى.
والأمر الثاني توزيع التركة التي يكون الخنثى أحد الورثة على سبيل اليقين.

كيفية توزيع تركة يكون الخنثى أحد ورثتها:

قبل التيقن من التمييز بين الصنفين، يجب الإحتياط بإتباع إحدى الطرق الآتية:
أولاً- إيقاف توزيع تركة الميت الذي من ضمن ورثته خنثى مشكل، حتى يتضح أمر الخنثى، هذا إذا لم يضر التأخير بمصلحة بقية الورثة.
ثانياً- إذا اقتضت مصلحة سائر الورثة تقسيم التركة، فعلى القاضي أو المفتي القيام بتوزيعها على أن يراعي أثناء القسمة إحدى الصور الست الآتية:
الصور الأولى: أن يتساوى ميراث الخنثى على كلا التقديرين (تقدير كونه ذكراً وتقدير كونه أنثى)، فعينئذ لا إشكال في توزيع التركة كما يلي:

الورثة:	أب	أم	بنت	ولد لأم الخنثى
الفروض:	١/١	١/١	١/١	١/١
الأصهم:	١	١	٣	١

وللخنثى الباقي ذكرًا كان أم أنثى^(٢) في الفقه السني، لكن في الفقه الجعفري والقانون لا يرث الخنثى لأنه عجوب بالبنت. وقد أقرت الفقرة الثانية من (م ٩١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم (١٨٨) هذا الحجب.

^١ الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/٢١ ومايليها.

^٢ لأنه إما أخ من الأم أو أخت من الأم، وفي كلتا الحالتين له السهم.

الصورة الثانية: أن يرث على تقدير الأنوثة دون الذكورة:

الورثة:	زوج	شقيقة	ولد لأب خنثى
الفروض:	$\frac{1}{2}$ ^(١)	$\frac{1}{2}$ ^(١)	—
الأسهم:	٣	٣	—

فإذا كان ذكراً يُحجب بالإستفراق لأنه عسبة، وإذا كان أنثى له (١/٢) تكملة للثلثين. فالمسألة من (٦) وتعمل إلى (٧).

للزوج $\frac{3}{7}$ ، وللشقيقة $\frac{3}{7}$ ، وللخنثى (الأخت لأب) (١/٧).

وعند الجعفرية وفي القانون العراقي: لا يرث هذا المختص ذكراً كان أو أنثى، لأنه يُحجب بالأخت الشقيقة، لكونه من الدرجة الثانية من المرتبة الثانية، والأخت الشقيقة من الدرجة الأولى، وقد نصت (م ٨٩/٤) المعدلة على أنه "تكون الأخت الشقيقة بمثابة الأخ الشقيق في الحجب".

فعلى القاضي في الفقه السني أن يحتفظ بسبع التركة، فإذا تبين أنه ذكر يُعاد إلى سائر الورثة، لأنه يُحجب بالإستفراق.

الصورة الثالثة: أن يرث على تقدير الذكورة دون الأنوثة:

الورثة:	زوج	جدة	ولد أخ ش. خنثى
الفروض:	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{6}$	ق
الأسهم:	٣	١	٢

فإذا تبين أنه ذكر يأخذ الباقي، لأنه من العصبات، وإذا ظهر أنه أنثى لا يرث شيئاً لأنه من ذوي الأرحام. فيُرد الباقي على الجدة أو على الزوج والجدة على ربي من يرى أن للزوج والزوجة حقاً في الرد. وعند الجعفرية له الباقي في الحالتين ذكراً أو أنثى، لأنه يحمل عمل والده ويأخذ استحقاقه لو كان على قيد الحياة.

^١ لعدم وجود فرع وارث
^٢ لأنها واحدة لم تعصب ولم تُحجب.

الصورة الرابعة: أن يرث بتقدير الأنثى أكثر من إرثه بتقدير الذكور:

الورثة:	زوج	أم	ولد لأب خنثى	المسألة من (٦) ^(١)
الفروض:	٢/١	٢/١	ق	
الأسهم:	٣	٢	١	

فإذا كان ذكراً له الباقي الذي يساوي (٦/١) لأنه عصبية، وإذا كان أنثى له النصف (٦/٣) فتعول إلى (٨). لأن للأخت الشقيقة أو للأخت من الأب

نصف التركة إذا كانت واحدة لم يعصبها أحد ولم تحجب

بعد العول: ٨/٣ ٨/٢ ٨/٣

وعند الجعفرة يكون محجوباً بالأم، لأنه من للربة الثانية والأم من المرتبة الأولى.

الصورة الخامسة: هي أن يرث بتقدير الذكور أكثر من إرثه بتقدير الأنثى، ويحصل بها هو متيقن بالنسبة له ولسائر الورثة، فيوقف الباقي إلى أن يتبين أمره، فإذا مات قبل ذلك ليس لورثته شيء من هذا الموقوف، لأنه مشكوك فيه.

الورثة:	زوج	أب	ولد الإبن الخنثى للمشكل	الفروض:
	٤/١	٦/١	٢/١	على تقدير الأنثى أصل للمسألة من (١٢) ^(١)
الأسهم:	٣	٢	٦	على تقدير الأنثى

يوقف الباقي (سهم واحد ١٢/١)، فإن تبين أنه ذكر، أخذه. وإن هجر أنه أنثى ردّ للأب في الفقه السني، ^(٢) ولها وللأب بنسبة فروضهما في الفقه الجعفري.

الصورة السادسة: هي أن الخنثى للمشكل لا يرث في جميع الأحوال، سواء أكان ذكراً أم أنثى، لأنه يجب بولوث القرى منه قرابة.

الورثة:	زوج	إبن	ولد الإبن الخنثى	الفروض:
	٤/١	ق	لا شيء	
الأسهم:	١	٢		

حاصل ضرب (٣×٢)

حاصل ضرب (٦×٢) أو (٤×٣).

لأنه يرث المسلم فرضاً والباقي تعصيباً في هذه الحالة.